



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

AÇÕES ENCOBERTAS NO MUNDO VIRTUAL
A PROBLEMÁTICA DA TUTELA DA PRIVACIDADE COMO BARREIRA À
OBTENÇÃO DE PROVAS NAS REDES SOCIAIS

ERICK WALLACE CARNEIRO CALAÇA DIAS MONTEIRO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO CIENTÍFICO EM
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

Lisboa

2018

ERICK WALLACE CARNEIRO CALAÇA DIAS MONTEIRO

AÇÕES ENCOBERTAS NO MUNDO VIRTUAL
A PROBLEMÁTICA DA TUTELA DA PRIVACIDADE COMO BARREIRA À
OBTENÇÃO DE PROVA NAS REDES SOCIAIS

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa como requisito parcial à
obtenção de título de Mestre em Direito, área de
especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a
orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa
Mendes**

Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes (orientador)

(Presidente)

(Arguente)

(Vogal)

AGRADECIMENTOS:

A Deus, em primeiro lugar, sem Ele não teria conseguido chegar até aqui;

A minha Mãe, por ter me concedido à oportunidade de poder prosseguir nos estudos, mesmo diante das maiores dificuldades, sempre me apoiando e ajudando;

A minha Avó, que durante esta jornada nos deixou e foi morar mais próximo de Deus;

A meu orientador, o Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, por todos ensinamentos, confiança, paciência, credibilidade e auxílio nas orientações desta dissertação;

Aos amigos do Mestrado, pela força e apoio.

Resumo:

O surgimento da sociedade da informação deslocou a comunidade para um único local onde a comunicação é o elemento essencial para o desenvolvimento deste novo tipo de sociedade. No entanto, a privacidade dos usuários e suas informações estão ameaçadas pela própria característica da rede. Com o surgimento de um novo ambiente, novos problemas jurídicos afloram e, novas formas de solucioná-los são necessárias, forçando o legislador a reconsiderar as soluções dadas ao mundo antigo e aplicá-la ao novo mundo. Diante deste cenário, em benefício da segurança dos usuários da internet e, própria defesa do Estado é necessário buscar uma solução no sentido de uma harmonização adequada dos interesses do Estado na persecução penal, proteção dos cidadãos, e, a tutela dos direitos fundamentais. É nesta perspectiva que nos propomos analisar as ações encobertas no mundo virtual como forma eficaz no enfrentamento da criminalidade, sobretudo da criminalidade organizada e violenta. Este trabalho é fruto de uma investigação desenvolvida no âmbito do direito processual penal, direitos fundamentais e, direito à privacidade e sociedade da informação. Buscamos com a presente dissertação dar nosso contributo para que as ações encobertas na internet encontrem o seu caminho, superando as dificuldades e seja visto como um novo método de investigação criminal.

Palavras-chaves

Ações encobertas; método ocultos; investigação criminal na internet; *cibercrime*; privacidade na internet.

Abstract:

The emergence of the information society shifted the community to a single place where communication is the essential element for the development of this new type of society. However, the privacy of users and their information is threatened by the very feature of the network. With the emergence of a new environment, new legal problems arise, and new ways of solving them are necessary, forcing the legislator to reconsider the solutions given to the ancient world and apply it to the new world. Given this scenario, it is necessary to seek a solution in the sense of an adequate harmonization of the interests of the State in the criminal prosecution, protection of citizens, and the protection of fundamental rights. It is in this perspective that we propose to analyze the covert actions in the virtual world as an effective way to fight against crime, especially organized and violent crime. This work is the result of research carried out in the area of criminal procedural law, fundamental rights and the right to privacy and the information society. We seek with this dissertation to make our contribution so that the hidden actions on the Internet find their way, overcoming difficulties and be seen as a new method of criminal investigation.

Keywords:

Covered actions; hidden method; criminal investigation into the internet; cybercrime; privacy on the internet.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
AAFDL	-	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AA.VV.	-	autores vários
Alem.	-	Alemão
art., arts.	-	artigo, artigos
BGH	-	Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)
BGHSt	-	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bibl.	-	bibliografia
BMJ	-	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
cap.	-	capítulo
CC	-	Código Civil
CEJ	-	Centro de Estudos Judiciários
cf.	-	confira, confronto
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
<i>e. g.</i>	-	exempli gratia (por exemplo)
<i>et al.</i>	-	et alii (e outros)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
<i>i. e.</i>	-	id est (isto é)
JZ	-	<i>Juristen Zeitung</i>
MP	-	Ministério Público
n.	-	nota
n.º, n.ºs	-	número, números
n. m., ns. ms.	-	número marginal, números marginais

n. p.	-	não publicada(o)
N.T.	-	nota do tradutor
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
<i>Pbk.</i>	-	Paperback
Port.	-	Português
reimp.	-	reimpressão
rev.	-	revisão, revista
RFDUL	-	<i>Revista da FDUL</i>
RG	-	Reichsgericht (Supremo Tribunal alemão até 1945)
ROA	-	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
RPCC	-	<i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i>
s., ss.	-	seguinte, seguintes
s. d.	-	sem data
séc.	-	século
StGB	-	Strafgesetzbuch (Código Penal)
StPO	-	Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal)
t., ts.	-	tomo, tomos
trad.	-	tradução (de), traduzido (por)
v. g.	-	verbi gratia (por exemplo)
vol., vols.	-	volume, volumes
ZStW	-	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

ÍNDICE

Introdução	10
I. Ações encobertas no mundo virtual: tutela jurídica e principais problemas	12
1. Aspectos gerais.....	12
a) Conceito de ações encobertas “clássicas” e em “ambiente virtual”	12
b) Diferenças na aplicação operacional.....	13
2. Atores das ações encobertas	14
a) Agente encoberto.....	14
b) Agente infiltrado	16
c) Agente provocador.....	17
d) Terceiros infiltrados	19
e) Diferenças práticas entre os atores	22
3. Regime jurídico das ações encobertas previsto na Lei 101/2001 de 25 de agosto: apreciação crítica	26
a) Catálogo de crimes que admitem a utilização das ações encobertas.....	26
b) Relato do agente encoberto.....	28
c) Identidade fictícia.....	30
d) Isenção de responsabilidade	32
4. Conhecimento fortuito das ações encobertas	35
5. Necessidade de utilização de métodos ocultos na persecução penal	36
6. Necessidade de uma tutela jurídica específica	41
II. Das provas obtidas nas redes sociais	45
1. Informações públicas	47
2. Informações restritas	50
3. Informações privadas.....	51
III. A busca da verdade em processo penal e as proibições de prova como seu limite ...	52
1. A busca da verdade em processo penal.....	52
2. As proibições de prova como limite à busca da verdade em processo penal	62
a) A Constituição processual penal e o processo penal	62
b) Proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova	64
IV. Tutela da vida privada e processo penal: há um núcleo inatingível da privacidade?	71
1. Teoria dos círculos de proteção de Heinrich Hubermann	71
2. Teoria das três esferas	72

3. Análise da valoração de diários íntimos como prova em processo penal	76
a) Primeiro caso do diário íntimo alemão	77
b) Segundo caso do diário íntimo alemão	80
c) Terceiro caso do diário íntimo alemão.....	83
d) Caso do diário íntimo em Portugal.....	86
V. O Conflito de interesses entre a proteção do indivíduo e a persecução criminal	93
Conclusões.....	108
Bibliografia.....	111

Introdução

O mundo passou por uma evolução extraordinária nas últimas décadas, principalmente no campo da informática e das telecomunicações. A interação entre as pessoas dantes era nas praças públicas, nas calçadas, nas igrejas nos cafés e com o desenvolvimento da internet e das redes sociais houve uma aproximação das pessoas a um único local de relacionamento – *o ciberespaço*.

É este sítio que as pessoas de hoje utilizam para conhecer outras pessoas em tempo real, na comodidade de suas casas, realizar compras, transações bancárias e demais tarefas de forma simples e econômica, mesmo estando nos extremos do mundo. Por outro lado, essa facilidade pode tornar-se uma verdadeira armadilha devido à vulnerabilidade deste meio, em que a interação de forma anônima é uma característica intrínseca, tornando-se cada vez mais tentadora a prática de ilícitos, pela sensação de impunidade que transmite, levando outros indivíduos a utilizar as benesses da *Web* para delinquir, por acreditarem que nunca serão identificados e punidos.

O Direito, por sua vez, não poderia ficar parado no tempo e o Estado não poderia deixar de se aperfeiçoar e utilizar a própria tecnologia como meio eficaz de combater aqueles ilícitos, haja vista que os crimes e as provas estão naquele meio virtual.

Em verdade, não é fácil investigar os diversos tipos de crimes que ocorrem em um espaço virtual. Os criminosos dispõem de aparatos tecnológicos sofisticados, capazes de burlar a sua localização. Podem agir de qualquer parte do mundo, aliciar uma vítima em outro continente, passando-se por outra pessoa disfarçadamente. Aliás, seria praticamente impossível identificar e reunir provas dos delitos cometidos na internet sem a utilização dos métodos ocultos de investigação virtual.

Entretanto, o enfrentamento à criminalidade não poderia ser de forma desordenada, arbitrária, como num Estado totalitário, mas sim de forma regulamentada com o devido respeito as garantias fundamentais e ao Direito.

O problema que propomos tratar no presente estudo resulta da já bastante discutida, mas nunca pacificada, conjugação dos conflitos entre a eficácia estatal na persecução penal *versus* as garantias pessoais dos cidadãos submetidos ao processo penal. Nesta linha, pretendemos dar o nosso humilde contributo ao estudo das ações encobertas,

sobretudo as ações encobertas no mundo virtual, dando importância à compreensão deste meio de obtenção de prova e à necessidade de investigação criminal no combate à criminalidade.

A controvérsia está sobretudo nas questões da privacidade ou perda dela, face à intrusão na esfera protegida da privacidade. A resposta que buscamos é saber se a Lei garante uma solução segura e eficaz aos novos problemas oriundos da globalização e se existe uma proteção absoluta à privacidade, capaz de impedir a busca de provas.

Deste modo, o primeiro capítulo começará por uma breve análise dos aspectos jurídicos das ações encobertas “clássicas” e as em “ambiente digital”, traçando os seus principais problemas suscitados, suas diferenças e a necessidade de regulamentação específica da segunda modalidade.

O segundo capítulo consistirá numa análise das provas obtidas nas redes sociais. Procuraremos analisar o direito à privacidade dos internautas, nas diversas esferas de proteção e, os limites impostos aos órgãos de investigação criminal na busca de provas.

No terceiro capítulo, tendo em vista que os métodos ocultos são meios de obtenção de provas que, conseqüentemente, buscam a verdade material, iremos analisar se o Estado pode buscar a verdade a qualquer preço, averiguando quais seriam os limites impostos aos órgãos de persecução penal na busca da verdade e obtenção de prova.

O quarto capítulo consiste na análise da tutela da vida privada, investigando as suas esferas de proteção e quais os seus limites, tomando como exemplos a prova contida em diários íntimos e indagando a máxima: Seria a intimidade uma barreira intransponível?

Por fim, no quinto capítulo, vamos nos debruçar sobre a teoria da proporcionalidade e em quais situações a medida seria justificada; confrontando o direito à privacidade com a necessidade do poder público em garantir a segurança dos cidadãos.

I. Ações encobertas no mundo virtual: tutela jurídica e principais problemas

1. Aspectos gerais

a) Conceito de ações encobertas “clássicas” e em “ambiente virtual”

No ordenamento jurídico português, o legislador decidiu considerar as ações encobertas como sendo “aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da polícia judiciária para a prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade de identidade”, conforme o artigo 1.º, n.º 2, da Lei 101/2001.

Especificamente em relação às ações encobertas realizadas na internet, não existe uma previsão legal¹ que possa definir ou diferenciá-la das ações encobertas clássicas, sendo sua aplicação voltada para a forma direta ou analógica do regime geral². O artigo 19.º da Lei do Cibercrime, prevê a utilização de dois tipos de ações encobertas: a usual ou “clássica”, regulada pela Lei n.º 101/2001, e a realizada em ambiente digital regulada pela Lei n.º 109/2009³. Essas duas situações de ações encobertas têm como finalidade ocultar a verdadeira identidade do agente, com vistas a interagir e conquistar a confiança de terceiro para recolher a prova almejada⁴.

¹ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 283, nota: 640.

² Cf. *Ibidem*. Idem., pp. 283-284 “A ação encoberta em ambiente digital é vista – correctamente – como uma modalidade ou uma outra vertente da acção encoberta, e não como um novo método de investigação criminal, a conjugar frequentemente com a recolha de informação a partir de fontes abertas, e, como tal é entendida – incorrectamente – como integralmente subsumível ao regime geral”.

³ A Lei n.º 109/2009 ao consagrar, no seu artigo 19.º, o recurso às ações encobertas em ambiente digital, veio regulamentar falhas na aplicação do regime geral, embora ainda de forma tímida. Contudo, já é um avanço reconhecer o recurso a métodos de investigação criminal em ambiente digital como uma forma especial de investigação contra uma criminalidade que vem se beneficiando das especificidades do ambiente digital. Neste sentido DAVID SILVA RAMALHO, “A investigação Criminal na Dark Web”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano IV, n.º 14/15, Coimbra: Almedina, 2013, p. 408.

⁴ Cf. FREDERICO BUENO DE MATA, “El agente encubierto em internet: metiras virtuales para alcanzar la justicia”, in *Actas del IV Congreso Galego de Derecho Procesal (I internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, p. 297 [em linha][acesso em 21.10.2018], disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4036206&orden=362096&info=link>.

A remissão que a Lei do Cibercrime faz à Lei n.º 101/2001 acarreta a aceitação dos requisitos dela inerentes, especificamente o catálogo taxativo de crimes, necessidade de autorização judicial, respeito aos princípios da adequação e proporcionalidade.

Contudo, embora as modalidades sejam semelhantes neste aspecto, cremos ser necessária uma regulamentação específica⁵, haja vista existirem diferenças relevantes capazes de causar embaraços em situações distintas da realidade física à realidade no meio informático-digital, podendo comprometer a ideal aplicação⁶.

Existem certos policiais, como os da Polícia Judiciária, que não necessitam de farda e isso não os tornam agentes encobertos ambulantes. Nem todos os casos em que um agente policial, não fardado, não se identifique revelam um agente encoberto. A atuação do agente encoberto necessita estar sujeita às regras gerais, sob pena de não se conceder os juízos de ponderação conferidos⁷.

b) Diferenças na aplicação operacional

Entre as principais diferenças de operacionalidade que ações encobertas em ambiente físico e em ambiente informático digital encontram está a possibilidade de o agente encoberto assumir várias personalidades ao mesmo momento e poder estar em diferentes espaços virtuais. Enquanto no ambiente físico o agente tem que estar presencialmente observando o que se passa, utilizando os seus sentidos, em ambiente digital ele pode assumir várias aparências, participar ao mesmo tempo de várias salas de bate-papo, *chat*, *fórum* (...), utilizando identidades diferentes, inclusive na mesma sala, podendo, ainda, alternar o perfil, sendo na mesma sala uma vítima e um possível criminoso.

⁵ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital... op. cit.*, p. 284.

⁶ “(...) a redução de uma realidade complexa a um núcleo simples, vago e abstrato, com o objetivo de nele encaixar uma realidade semelhante mas com diferenças relevantes é susceptível de revelar insuficiências ao nível da densificação, do detalhe e da regulamentação específica de aspectos diferentes decorrentes da natureza dos contextos respectivos. A aplicação de normas pensadas para a realidade física à realidade *digital* será sempre assente numa ficção de identidade entre ambas. Um entendimento que, no que respeita às acções encobertas, será tendencialmente suficientes, válido e operativo mas que, quando confrontado com situações de facto sem paralelo no ambiente *físico*, gerará uma margem de liberdade operacional muito ampla, indutora de soluções casuísticas, potencialmente inseguras e inadequadas.” Cf. *Ibidem*.

⁷ Cf. ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado, Contributo Para Compreensão do Regime das Ações Encobertas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.139.

Ademais, os riscos que um agente encoberto em ambiente virtual corre são bem menores que os em ambiente físico. O agente encoberto virtual pode aceder um computador de qualquer lugar, sem pôr em risco sua imagem, diminuindo o risco de futura represália por parte dos grupos criminosos.

Além de ter uma maior velocidade na atuação, pode o agente operar em várias ações ao mesmo tempo, interagindo com pessoas de todo o mundo instantaneamente do seu gabinete, com tempo de analisar e pensar antes de agir, reduzindo os erros e, inclusive, podendo falhar sem pôr em risco a sua integridade física. Ainda, possui a vantagem de ter várias ferramentas técnicas inerentes à computação à sua disposição, a exemplo da gravação das conversas.

Portanto, inúmeras são as diferenças de utilização da ação encoberta na internet, o que põe em prova a equiparação dos regimes físico-virtuais. Os diferentes contextos de possibilidade de atuação do agente encoberto nos ambientes mostram ser evidente a necessidade de uma regulamentação adicional, visto que a simples analogia ao regime geral não abarca todas as possibilidades de atuação do agente na internet. Sendo assim, cremos ser necessária uma legislação específica que reconheça a diferença entre os ambientes operacionais e que legisle sobre a matéria específica.

2. Atores das ações encobertas

a) Agente encoberto

A figura do agente encoberto pode ser definida como sendo aquele que, sem divulgar a sua verdadeira identidade ou qualidade de órgão de polícia, ou alguém que atua sobre a sua responsabilidade⁸, adentra ou permanece em locais públicos ou privados (bares, cafés, paragem de autocarro, hipermercados, bairros que costumeiramente ocorrem tráfico ou outros crimes), que qualquer pessoa poderia estar naquele local e hora, no qual pode ocorrer crimes, com a finalidade de descobrir novos criminosos ou obter provas

⁸ GUEDES VALENTE admitia um terceiro como agente encoberto desde que atuasse sobre controle da autoridade policial. Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 416. Contudo, posteriormente o mesmo autor, ponderado com os princípios da odiosa *sunt registringenda*, conjugado com o princípio da indisponibilidade das competências, que devem reger e orientar aquelas ações de meios de obtenção de prova, considerou que o agente encoberto só deve ser admissível aos elementos das forças policiais. Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 586.

suficientes para incriminar alguém; que, sem ou com a presença do agente o crime aconteceria de qualquer forma⁹, uma vez que qualquer pessoa poderia estar naquele local e a ação criminosa aconteceria de qualquer forma. Portanto, em palavras mais simples representa o policial à *paisana*, que não provoca o crime nem necessita conquistar a confiança de ninguém.

O que caracteriza essa figura, segundo MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, é a “absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”¹⁰. Ademais, o agente encoberto não necessita de autorização judiciária para atuar nem também está adstrito aos catálogos dos crimes¹¹.

Concordamos com DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES no entender de que “embora sem ganhar a confiança do visado, o agente encoberto poderá ir um pouco além da mera frequência de tais locais, assumindo o papel de comprador simulado de droga ou outra mercadoria ilícita ou de vítima potencial (mendigo, vagabundo, toxicodependente, comerciante, prostituta, motorista de taxi, idoso, etc.) para acionar o chamamento de outros agentes estrategicamente colocados para que estes, intervindo imediatamente detenham o criminoso em flagrante delito”¹², podendo aguardar o momento para efetuar

⁹ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 192; FERNANDO GONÇALVES/ MANUEL JOÃO ALVES/ GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico do agente infiltrado, Comentado e Anotado- Legislação Complementar*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 40-41; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime organizado: buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in: *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 169; do mesmo autor, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed., op. cit., p. 586; ADÁN CARRIZO GONZALES-CASTELL, “El agente infiltrado em España e Portugal, Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales”, in: *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 194.

¹⁰ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, op. cit., p. 192.

¹¹ Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime organizado...”, op. cit., p. 169.

¹² Cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada: Contributo para uma adequação do Direito português às exigências de uma resposta eficaz à criminalidade organizada em matéria de utilização de métodos “ocultos” de investigação criminal*, Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: FDL, 2015, p. 501; Neste sentido ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado...*, op. cit., pp. 139-140; ANA RITA DE MELO JUSTO, “Proibição de prova em processo penal: o agente provocador, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 511; Contra: PAULO PINTO DE SOUSA, “Ações encobertas. Meios enganosos de prova? Agente infiltrado e agente provocador, outras questões”, in *Revista do CEJ*, n.º 14, 2º semestre 2010, pp. 231-245.

Na hipótese de participação em um crime autónomo como no caso do crime de tráfico e consumo de drogas, caso o agente encoberto compre, para consumo, drogas a um traficante, a conduta daquele “agente provocador”, não será punível por uma lógica de participação no tráfico, mesmo a conduta de aquisição para consumo ser considerada crime na forma da lei. Cf. RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in: AA.VV., *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 302-303; Ainda no mesmo sentido, A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito: legislação, jurisprudência, direito comparado*,

o flagrante, para ganhar mais um pouco da confiança e poder colher mais informações acerca do delito ou descobrir novos criminosos¹³. A acusação nesse caso não seria pelo tráfico, mas por crimes que ele viesse a cometer¹⁴.

Referente ao mundo digital, o agente encoberto poderá atuar na vigilância, utilizando a identidade fictícia em locais da internet, *site*, *chats*, fóruns, que sejam de domínio público ou que em que se possa adentrar com a autorização ou consentimento dos membros devendo evitar a prática da instigação/provocação ou se caracterizar como uma vítima em potencial¹⁵.

A atuação do agente encoberto é lícita e admitida ao amparo do princípio da oficialidade, da investigação e da liberdade e atipicidade dos meios de prova não proibidos¹⁶. As provas obtidas pelo agente encobertos são válidas e devem ser livremente aceites pelo tribunal; ademais, são métodos de obtenção de provas “limpos” que não “mancham” a imagem do Estado¹⁷.

b) Agente infiltrado

Entende-se por agente infiltrado o agente de polícia ou um terceiro que atue sob seu controle, sem revelar sua verdadeira identidade ou qualidade; que, intencionalmente adentre em ambientes nos quais ocorrem ações criminosas, interagindo e obtendo a

comentários, Lisboa: Aquietas: Editorial Notícias, 1994, p. 279, “está fora de causa a atuação do polícia que vende droga para identificar os compradores. A discussão roda sim a volta do polícia que, por si, ou com recurso a outrem, se infiltra no meio simulando-se comprador de droga. Então o que sucede é que a detenção de droga para a traficar já existe(...)”.

¹³ Conforme artigo 255 do CPP, n.º 1 al. a), a autoridade policial tem o dever de detenção em caso de flagrante delito. O legislador atribui ao particular a legitimidade para a detenção, mas não impõe obrigação, desde que não esteja presente a autoridade policial ou possa ser chamada a tempo útil.

¹⁴ Nos Estados Unidos, a matéria é discutida nos chamados casos “isco” ou “engodo”, as intervenções de engano (*entrapment*), neste tipo de operação o agente (isco) pode fazer o papel de uma vítima frequentando certos locais que frequentemente ocorrem crimes e caso sofra ou veja alguma forma de crime, aciona colegas policiais para intervir e deter o suspeito em um provável flagrante. Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPÁR, “As ações encobertas e o processo penal, Questões sobre a prova e o processo equitativo”, in: AA.VV., *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 44.

¹⁵ Segundo DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, “quando o agente se limita a criar uma página de internet para identificar suspeitos de prática de um determinado crime (v.g. em matéria de pornografia infantil) sem utilização de dados identificativos fictício, estaremos perante um agente encoberto” Cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade...*, op. cit., p. 502.

¹⁶ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, op. cit., p. 192.

¹⁷ Trata-se de um meio de obtenção de prova atípico e não proibido por lei, abrangido pelo artigo 125.º do CPP. Nesse sentido, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed., op. cit., p. 587; DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal...*, op. cit., p. 289.

confiança dos visados, com a intenção de prevenir a prática de ilícitos criminais, obtendo informações sobre a ação criminosa, acompanhando a execução dos fatos, inclusive, praticando atos preparatórios ou, se necessário, de execução, e recolher provas¹⁸ que possam incriminar o suspeito¹⁹, devendo, porém, conter-se a praticar quaisquer ilícitos²⁰.

Ao passo em que no âmbito do mundo virtual o agente infiltrado frequentará o mundo digital utilizando uma identidade fictícia²¹, ganhando a confiabilidade dos investigados e se mantendo no controle dos acontecimentos e execução das possíveis situações fáticas, praticando até possíveis atos preparatórios ou mesmo de execução, contudo sem determinar a prática criminosa²².

c) *Agente provocador*

O agente provocador é aquele, particular ou entidade policial, que, de certa forma, sem querer o crime em si, mas com a intenção de submeter outra pessoa a um processo criminal e uma pena, convence outrem a cometer um crime que não o cometeria, se não fosse a ação daquele²³.

¹⁸ O objetivo da infiltração policial não é somente a investigação e recolha de prova, mas também a prevenção criminal.

¹⁹ “Os indícios só serão suficientes e a prova bastante quando, já em face dela, seja de considerar altamente provável a futura condenação do acusado, ou quando esta seja mais provável que a absolvição”, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimp. 2004), p. 133.

²⁰ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, “*Agente Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (org. Manuel da Costa Andrade et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1222; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “As Ações Encobertas e o Processo Penal...”, *op. cit.*, p. 46; MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, ““Homens de confiança”. Será o Caminho?”, in: AA.VV., *II Congresso de Processo Penal. Memórias* (coord. Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, p. 95-97; FERNANDO GONÇALVES/ MANUEL JOÃO ALVES/ GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico do agente infiltrado...*, *op. cit.*, p. 37; PAULO PINTO DE SOUZA, “Ações encobertas. Meios enganosos de prova? Agente infiltrado e agente provocador, outras questões”, in: *Revista do CEJ*, n.º 14, (2º semestre 2010), pp. 231-245, p. 233, JOÃO PINA GOMES DE ALMEIDA, *Informadores, agentes infiltrados/encobertos e criminosos arrependidos no combate ao crime*, Relatório de Mestrado para a cadeira de Direito Penal, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Orientador: Prof.ª Doutora Maria Fernanda Palma, 2003. pp. 7-8; A. G. LOURENÇO MARTINS, “Luta contra o tráfico de droga – necessidade da investigação e sistema garantístico”, in: *Revista do Ministério Público*, ano 28, número 111, (jul-set de 2007), p. 47.

²¹ Na prática, não será necessário a utilização da identidade fictícia, já que em ambiente digital costumeiramente se utiliza *nick names* ou perfil falso, para interação entre os usuários.

²² Cf. DUARTE ALBERTO R. NUNES, *O Problema da Admissibilidade dos Métodos Ocultos...*, *op. cit.*, p. 502.

²³ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 812, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Reimp., Coimbra: Almedina, 1993, p. 253 (nota 1); MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, *op. cit.*, p. 155; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “As Ações Encobertas e o Processo Penal...”, *op. cit.*, pp. 46-47; ISABEL ONETO, *O agente Infiltrado...*, *op. cit.*, p. 138, *idem.*, pp. 145-146; A. G. LOURENÇO MARTINS, “Luta contra o tráfico de droga...”, *op. cit.*, p. 47; PAULO PINTO DE SOUSA, “Ações encobertas. Meios enganosos

Entretanto, para que haja provocação ao crime, é necessária a ocorrência de um nexo de causalidade entre o agente provocador e a conduta que o provocado praticou, que permita levar a conclusão que, se não fosse aquela ação, o crime não teria acontecido, não sendo, portanto, suficiente o provocador convencer o provocado a cometer certo crime²⁴. Com relação a participação criminosa, atuará o agente provocador de forma concreta a ser equiparado ao instigador ou co-autor, até autoria mediata em certos casos²⁵.

COSTA ANDRADE aponta que “é cada vez mais forte o coro de vozes que, tanto no direito alemão como americano, contestam abertamente a solvabilidade ético-jurídica desta prática. Aponta-se para tanto a imoralidade do estado que com uma mão favorece o crime que quer punir coma outra”, terminando por “atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinquência e potenciando os factores da extorsão, da violência e do crime em geral”²⁶.

Referente a atuação do agente provocador na internet, a sua conduta será basicamente a de incentivar outrem a cometer crimes, que sem a sua atuação não seriam cometidos.

Portanto, em suma, o agente provocador é o órgão de polícia criminal, ou um terceiro que, sob sua supervisão, induz ou impulsiona (dolo de determinar, mas não deve ter dolo no crime - não quer a sua realização) outrem a prática de um fato criminoso que de outra forma não seria por ele praticado, visando a facilitar a recolha de prova da ocorrência do crime. Tomando por exemplo clássico o vendedor de droga que oferece o estupefaciente para depois ver o provocado ser acusado e condenado pelo tribunal.

de prova?...”, *op. cit.*, p. 235; SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agente Provocateur e meios enganosos de prova....”, *op. cit.*, pp. 1222-1223, FRANKLIN FURTADO, “O agente infiltrado”, In: *Direito e Cidadania*, ano V, n.º 16/17 (setembro de 2002/abril de 2003), p. 11; Acórdão do TEDH, Teixeira de Castro v. Portugal.

²⁴ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 682-683; SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agente Provocateur e meios enganosos de prova....”, *op. cit.*, p. 1233; ISABEL ONETO, *O agente infiltrado*, *op. cit.*, p. 149; HANS-HEINRICH JESCHECK/TOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 5.ª ed. Granada: Diciembre, 2002, p. 740, entende o autor que por motivos político-criminais pode se renunciar a pena ao agente provocador que tenha tomado todos os cuidados para não atingir o bem jurídico protegido.

²⁵ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, *op. cit.*, p.812; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, *op.cit.*, p. 253 (nota 1); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal*, *op. cit.*, 682; CATARINA ABEGÃO ALVES, “Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano IV, n.º 16. (out-dez de 2013), p. 373; MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança, será o caminho?”..., *op. cit.*, p. 97.

²⁶ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 221.

d) *Terceiros infiltrados*

Mesmo o agente de polícia sendo um especialista bem treinado, existem casos em que a sua infiltração em um meio criminoso é dificultada por adversidades ou até mesmo pela segurança do agente. Nestes casos, é necessário a utilização de um *civil* que, pela sua interação ou conhecimento específico com o ambiente criminoso, ou até mesmo por já estar inserido naquele meio, poderá recolher as informações e provas almejadas pelo agente policial²⁷.

Embora este meio seja válido e possa trazer algum benefício²⁸ para quem colaborar com a Polícia, existem muitas desvantagens para a sua utilização. Além dos perigos e riscos que uma pessoa não especializada corre, é provável que ela não queira participar da infiltração pela simples falta de interesse ou receio de ser uma armadilha para constituir provas contra ele ou até mesmo ser preso.

Conforme MAIA COSTA, os terceiros que a Lei n.º 101/2001 refere são os chamados “homens de confiança”, o recurso a estes revela uma importância de alto risco e acaba merecendo especial cautela na sua utilização, uma vez que a eles “há uma inexistência de um vínculo de fidelidade ao Estado” e que, “não constituindo garantia absoluta de fidelidade ao direito, envolve necessariamente um grau de confiança maior do que a mera “contratação” de “assalariados” ocasionais para finalidades de elevada importância e de alto risco”²⁹. Assim, para o autor, só os agentes policiais poderem atuar sob identidade fictícia, nos termos do artigo 5.º, n.º 2 da Lei n.º 101/2001, pois a concessão de uma identidade fictícia implica um nível de confiança muito alto no agente que a assume³⁰.

A verdade é que seria bem mais difícil controlar uma ação encoberta se tratando de um colaborador que é arguido. Vários cuidados devem ser tomados para que este não se torne um agente provocador (diferentemente do membro da polícia que tem todo um

²⁷ A Lei n.º 101/2001 no art. 1.º, n.º 2, permite a utilização de pessoas particulares diferentes das forças policiais, inclusive um arguido, que sob a direção da PJ, nas ações encobertas, desde que as ações e condutas obedeçam a configuração do agente infiltrado ou agente encoberto.

²⁸ O interesse pode ser pecuniário, diminuição da pena, entre outros. Contudo a cooperação tem de ser confirmada em sede de valoração probatória. Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas (alguns problemas algumas soluções)”, in: AA.VV., *Estudo Em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 362.

²⁹ Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas (alguns problemas algumas soluções)...”, *op. cit.*, p. 362.

³⁰ Cf. *Ibidem*.

preparo para não agir dessa forma), cuidados ainda, pois, subjetivamente o arguido colaborador pode, por algum motivo, querer prejudicar alguém, ou anteriormente a ação controlada de alguma forma ter colaborado ou instigado alguém a cometer o crime, podendo ainda querer vingança ou a outros interesses divergentes da investigação (suponhamos que um chefe de uma “gang” queira prejudicar a quadrilha rival e decida colaborar com a polícia, para depois que os rivais sejam presos ele se tornar o chefe da zona, ou correr até o risco do criminoso inverter os papéis e se infiltrar na polícia para gerir melhor a sua atividade criminosa, obtendo informações privilegiadas).

Além do mais, o terceiro infiltrado, sendo um arguido, poderá utilizar a seu favor seu direito de permanecer calado, já que presta seu depoimento na qualidade de co-arguido e não de testemunha, de recusar a prestar declarações em sede de audiência de julgamento, fato que prejudicaria a prova, elemento fundamental da operação infiltrada³¹.

Contudo, a utilização do “homens de confiança” (terceiro infiltrado) pertencentes a organizações criminosas tem uma importante vantagem frente à utilização de agentes policiais como agentes encobertos, uma vez que a sua presença levantará menores suspeitas que a presença de uma pessoa desconhecida. Além do mais, o tempo de infiltração para adquirir confiança será bem menor e em muitos casos não é possível a infiltração quando se trata de uma família que se dedica a ações criminosas ou mesmo grupos étnicos³².

Entretanto em se tratando de ações encobertas no ambiente virtual, as desvantagens em utilização de um terceiro infiltrado tende a diminuir consideravelmente em relação ao ambiente físico, desde logo pelo fato da não necessidade das pessoas que estão se comunicando estarem necessariamente uma na presença da outra, aumentando a segurança do terceiro infiltrado, mas também pela própria facilidade na obtenção da prova, uma vez que esta é facilmente registrável sob o controle da autoridade competente, visto que todas as conversas e ações podem ser gravadas. O que também facilita a ação é que o arguido ou suspeito que queira colaborar pode estar ao lado, no gabinete, do investigador responsável podendo, entretanto, ter paciência para responder e pensar;

³¹ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., p. 300.

³² Cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”*..., op. cit., p. 510.

facilita a comunicação por códigos ou gírias que apenas os utilizadores do meio criminoso conhecem, passando assim despercebida a atuação policial. Esta facilidade, contudo, pode não ser tão benéfica, uma vez que o arguido vai conhecer a forma de pensar dos agentes policiais e conhecer toda a estrutura e aparato de que eles dispõem. Neste passo, para prevenir situações deste nível, como a interação através da internet não precisam ser instantâneas, a autoridade policial pode apenas pedir que o colaborador forneça tais elementos-chaves da investigação, para ele mesmo (policial) utilizar quando for necessário.

Problema se revela quando as pessoas decidem por si investigar crimes cometidos na internet, em *sites* ou *chats* privados de forma autônoma. Tais atitudes geram certos problemas quanto à produção e à valoração de prova pelo tribunal, podendo também em certos casos configurar concretos ilícitos criminais.

Nas redes sociais, cidadãos acessam diariamente ficheiros, fotos, vídeos e textos de várias pessoas no mundo, podendo identificar a prática de um crime. Caso o particular use de meio lícito, que não infrinja direitos processuais nem pessoais, para obtenção de prova, a utilização da prova em sede de processo penal será inteiramente válida.

Questão delicada se coloca quando o particular ultrapassa a legalidade e viola algum dos direitos protegidos do “investigado”. O problema coloca-se na aplicabilidade das proibições de prova, quanto a utilização dessa prova.

Não se estendendo no assunto, a Corte Americana entende que apenas as autoridades policiais estão sujeitas à proibição da prova obtida, por violação intimidade do arguido, caso não cumpram a forma correta de investigação, ou seja, há o entendimento que a privacidade é um direito dos cidadãos contra a ingerência do estado. Desta forma, a prova produzida pelo particular, de motivação privada, mesmo que infrinja direitos do investigado poderá ser utilizada em sede processual³³.

³³ Em *United States v. Kline* um particular com o recurso a um *malware* invadiu o computador de outro cidadão e descobriu que possuía um diário íntimo e dezenas de fotos, revelando seu desejo por crianças. Após comunicou a polícia, que emitiu um mandato de busca, confirmando a denúncia feita pelo particular. Posteriormente, após o Tribunal entender que a prova era inadmissível por força da Quarta Emenda, a Suprema Corte considerou que o particular não era agente da polícia e, portanto, a prova obtida por ele não estaria protegida pela Quarta Emenda. Também em *United States vs. Robert Beam Runyan*; *United States vs. Jacobse*; *Walter vs. Estados Unidos*.

Na visão alemã, a doutrina converge para o entendimento de “*atentado extremo contra os direitos humanos*”, como afirma COSTA ANDRADE, inclinado para a não aceitação do meio de prova obtida ilicitamente por particulares³⁴. Contudo, a valoração da prova acaba por depender da ponderação feita entre o livre desenvolvimento da personalidade com o interesse público na perseguição penal.

No ordenamento jurídico português PAULO DE SOUSA MENDES frisa que “com certeza, as proibições de produção de prova não se dirigem aos particulares, por isso mesmo que eles não estão vinculados às normas do processo penal, salvo se actuarem às ordens ou sob a direção das instâncias formais de controlo social”³⁵.

e) Diferenças práticas entre os atores

A doutrina portuguesa entende que o agente infiltrado não se confunde com o encoberto, na medida que aquele ganha a confiança do investigado utilizando uma identidade ficta. Há, portanto, uma interação ativa e não apenas uma vigilância, diferente do agente encoberto, que não precisa se identificar: basta estar no local como qualquer outro cidadão estaria³⁶.

Alguma doutrina reconhece que não há necessidade de distinção entre as figuras do Agente Encoberto e o Agente Infiltrado³⁷. A distinção entre as duas figuras surgiu na vigência do artigo 59.º da lei 15/93, aditado pela lei 45/96, criando o artigo 59.º-A, tempo

³⁴ KLEINKNECHT (TH.) “Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahmenach § 81a) StPO”, NNJ 1964, págs2181 e segs. e AMELUNG (K.), Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, Berlin, 1990, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *op. cit.*, p. 46. Em sentido contrário CLAUS ROXIN, Strafverfahrensrecht, pág. 154, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, p. 46. “Uma vez que as normas de conteúdo processual da StPO (e, acima de tudo, as proibições de métodos de prova!) se dirigem apenas aos órgãos de perseguição penal, tais provas são, em princípio susceptíveis de valoração”.

³⁵ Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal”, Separata da Obra: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 41; em sentido contrário PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal...*, *op. cit.*, p. 318.

³⁶ Cf. FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico do agente infiltrado, Comentado...*, *op. cit.*, pp. 40-41; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, 3.ª ed., Revista, Atualizada e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 538-539, do mesmo autor, “A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI”, in: *Direito e Cidadania*, Ano X, n.º 29, Praia, 2009, p. 59, (nota 37); CATARINA ABEGÃO ALVES, “Agente infiltrado ou provocador?...”, *op. cit.*, p. 362, ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, *op. cit.*, p. 137.

³⁷ Cf. PAULO PINTO DE SOUZA, “Ações encobertas. Meios enganosos de prova?...”, *op. cit.*, p. 233, ISABEL ONETO, *O agente Infiltrado...*, *op. cit.*, pp. 138 e ss.; DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, *op. cit.*, p. 289.

em que a Lei utilizava o termo “infiltrado”³⁸ para o agente ou um terceiro colaborador. DAVID SILVA RAMALHO entende que a distinção entre os conceitos é “inútil” e “gera confusão”. No primeiro, ou conceito de agente encoberto, enquanto órgão de polícia criminal descaracterizado em locais que há incidência de crimes, reporta-se àqueles órgãos de polícia que não necessitam usar fardas, a exemplo da PJ. Assim, podem ser considerados a todo tempo agentes encobertos, ou, reporta-se a polícia que, sujeito à utilização de farda durante o serviço, frequentam locais conhecidos por ocorrer crimes, ocultando sua identidade e qualidade – neste caso ocorreria objetivamente a ação encoberta, conforme o regime geral da Lei n.º 101/2001. E gera confusão quanto à terminologia, pois, no regime geral das ações encobertas, o legislador escolheu o termo “ações encobertas” (cf. arts. 3.º, n.º 6, n.º 3 e 4, 5.º, n.º 4 e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001) e não agente infiltrado, figura inexistente na lei³⁹.

Já ISABEL ONETO, por sua vez, reconhece que não há distinção entre agente encoberto e agente infiltrado, desde que não se reconheça a figura do “agente à paisana”, equiparando agente encoberto ao “agente à paisana” e considerando o agente encoberto uma subespécie do agente infiltrado. Para a autora, o policial à “paisana” apenas não é identificado porque não está usando farda, fato que não o transforma em agente encoberto. Neste caso, se o policial à paisana tomar conhecimento de um crime, deve proceder o flagrante delito conforme artigo 255.º do CPP. Diferentemente, o agente encoberto figura prevista no Regime Geral das Ações Encobertas, é capaz de ocultar sua identidade, podendo retardar o flagrante para ganhar a confiança do investigado, apurar melhor a situação e obter mais provas, e, até mesmo, praticar fatos típicos estando isento de responsabilidade. Por fim, embora a Lei tenha atribuído o nome “Agente Encoberto” nos termos dos art. 4.º n.º 3, 5.º n.º 4, 6.º n.º 1, acredita a autora que “parece que o legislador optou pela expressão ‘agente encoberto’ ao invés de utilizar ‘agente infiltrado’, nela se incluindo a realidade que pode comportar as duas figuras”⁴⁰.

Para MAIA COSTA, a Lei n.º 101/2001 não seguiu aquele conceito de Agente Infiltrado, decidindo por introduzir um novo conceito de “ações encobertas”,

³⁸ Art. 59.º-A, usava o termo “proteção de funcionários e terceiros infiltrados”.

³⁹ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., pp. 289 - 290.

⁴⁰ Cf. ISABEL ONETO, *O agente Infiltrado...*, op. cit., pp.140-141.

caracterizadas pela ocultação da identidade do agente policial ou terceiro a seu cargo, enunciando com mais rigor o alcance e limites deste tipo de ações. Assim, para o autor, pode dizer-se que “a nova lei não inovou, neste ponto, antes adoptou uma definição mais precisa e rigorosa daquela figura que vinha sendo apelidada de *agente infiltrado*”⁴¹.

Outra parte da doutrina segue MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS na sua concepção tripartida, em que há três formas de um agente de polícia interagir com um criminoso sem que seja necessário revelar sua identidade ou qualidade: “o agente provocador, o agente infiltrado e o agente encoberto”⁴², equiparando o agente encoberto ao “polícia à paisana”, caracterizado por sua passividade quanto à observação do crime – figura legalmente admitida. Assim, “as provas obtidas pelo agente encoberto são válidas e trata-se de um método de obtenção de prova que não choca a consciência coletiva e não mancha a imagem do estado: trata-se de uma verdadeira medida de profilaxia criminal”⁴³. É a este agente que refere o Regime Geral.

Por seu turno, COSTA ANDRADE traz a noção de “homens de confiança”, na qual, além dos provocadores, infiltrados, e encobertos, incluem-se “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal (...) e os particulares (pertencentes ou não ao mundo da criminalidade)”^{44/45}.

⁴¹ Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Agente provocador/agente infiltrado, comentário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002”, in: *Revista do Ministério Público*, Ano 24, n.º 93, (jan-mar de 2003), p. 170.

⁴² Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal...*, op. cit., p. 162, O autor reconhece uma distinção entre agente encoberto e infiltrado, mas, “em qualquer dos casos, o critério que presidirá à construção será sempre o do grau de ingerência dos agentes da autoridade na esfera jurídica dos particulares e, à guisa de finalização, nos direitos, liberdades e garantias fundamentais”; No mesmo sentido FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico do agente infiltrado...*, op. cit., p. 264.

⁴³ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal...*, op. cit., p. 193.

⁴⁴ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, op. cit., p. 220.

⁴⁵ Há também as figuras dos: (i) Informadores: são aqueles que confidencialmente fornece informação a polícia acerca de crimes, prestando auxílio informativo sobre crimes colaborando na obtenção de dados para as investigações. É uma pessoa de confiança da autoridade policial, que colhe informação no ambiente criminoso e fornece as autoridades policiais, podendo receber contra-partida em troca da informação. (ii) Arrependidos: São aqueles que pertencem a atividade criminosa e em troca de benefícios colabora com as autoridades policiais ou judiciais, fornecendo informação sobre o grupo criminoso que participa, ou crime que praticou, em troca de benefício. (iii) Denunciante anônimo: É aquele que fornece informação sobre crimes a autoridade policial tendo sua identidade em sigilo, por não ser sabida ou porque não pode revelar. Esta ocultação da identidade não pode se confundir com a ocultação do agente infiltrado. Cf. JOAQUIM CELESTINO CARREGA DE MATOS, *O Agente Infiltrado como Meio de Obtenção de Prova e Consequentes Danos na Sociedade*, Dissertação de Mestrado para obtenção de grau de mestre em direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 15 e ss., [em linha], acesso em 26.08.2018, disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1843/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%201111.pdf>.

O agente encoberto diferencia-se do agente provocador na medida em que este origina a prática de um crime que ainda não existia, enquanto aquele apenas está em um local relacionado com a prática de crimes, observando o suspeito com a finalidade de flagrar a prática do ato delituoso.

Entre o agente infiltrado e o agente provocador, a linha de diferença é mais tênue. O primeiro se infiltra em uma organização criminosa que já tinha a intenção de cometer crimes, em que o criminoso alvo já estava decidido a cometer fatos contra a lei⁴⁶, portanto se limita a descobrir crimes já praticado. Já o segundo dá início ou de certa forma instiga alguém a cometer um ilícito que sem a atuação daquele não seria cometido, ou seja, faz surgir uma vontade criminosa antes inexistente⁴⁷.

Portanto, o problema é saber se havia interesse subjetivo prévio do agente na ação, se realmente ele queria cometer ou foi instigado a cometer o crime. Desta forma, tem-se que recorrer a critérios diferenciadores (antecedentes criminais, predisposição ao cometimento de crimes)⁴⁸, bem como saber se houve alguma recusa, se o autor agiu livremente, consciente, sem verificar qualquer perturbação da sua vontade⁴⁹. Ou seja, a distinção entre as duas figuras situa-se no fato do agente provocar uma intenção de praticar um crime que ainda não existia. Tal provocação, frisa GERMANO MARQUES DA SILVA, “não revela apenas a apetência natural ou intrínseca para o crime, mas pode fazer vacilar aquele que, como qualquer de nós, sendo capaz de roçar os limites do ilícito, não os ultrapassa espontaneamente, não comete o crime senão por causa da provocação”.

⁴⁶ O Tribunal Constitucional foi chamado para pronunciar-se sobre a legitimidade constitucional do agente infiltrado decidindo da seguinte forma: “O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limitasse a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito”. Cf. Ac. TC n.º 578/98 de 26.2.98, [em linha], acesso em 13.08.2018, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

⁴⁷ Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Comentários” in; *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n.º 81, (jan/mar de 2000), p. 165.

⁴⁸ Na situação em que o agente solicita a droga e tem uma resposta positiva e imediata por parte do autor poderá aceitar que a decisão de cometer o crime já estaria tomada. “Porém fora dos casos de detenção de drogas por parte do autor a intervenção do agente encoberto no sentido de o aliciar para a venda parece constituir inevitavelmente determinação à prática do crime, integrável no âmbito da instigação ou da autoria mediata, em suma, da provocação. Na verdade, mesmo que o autor aceite imediatamente a proposta de encomenda, propondo-se obter estupefaciente para satisfazer a vontade do comprador, não se pode afirmar que a sua vontade de delinquir já estivesse formada anteriormente à “proposta”, pois persistirá irremediavelmente a dúvida de saber em que medida esta foi determinante para o comportamento do autor”. Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Agente provocador/agente infiltrado...”, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁹ Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As Ações Encobertas e o Processo Penal – Questões Sobre Prova e o Processo Equitativo...”, *op. cit.*, pp. 46-47; ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, *op. cit.*, pp. 97-98, EDUARDO MAIA COSTA, “Agente provocador/agente infiltrado...”, *op. cit.*, p. 170.

Concluindo, o mesmo autor afirma que a provocação “não revela um crime e um criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso”⁵⁰. Esta provocação não pode ser enquadrada como método de investigação nem como obtenção de prova; viola vários os princípios democráticos e da lealdade, ético e jurídico – direito a um processo justo e equitativo, ofensivo da moral do arguido, sendo que a prova obtida por este método deverá ser nula, por força do disposto no artigo 32.º, n.º 8 da CRP e 126, n.º 2, al a) do CPP⁵¹.

3. Regime jurídico das ações encobertas previsto na Lei 101/2001 de 25 de agosto: apreciação crítica

A Lei n.º 101/2001 de 25 de agosto revogou expressamente os artigos 59.º e 59.º-A da Lei n.º 15/93 de 22 de janeiro, e o artigo 6.º da Lei n.º 36/94 de 29 de setembro e estabeleceu o Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal.

a) Catálogo de crimes que admitem a utilização das ações encobertas

Quanto ao agente encoberto, não há previsão de qualquer catálogo de crimes, daí porque a sua utilização nos parece irrestrita.

Já para o agente infiltrado, a Lei prevê um catálogo taxativo, previsto no artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, para os crimes que admitem o recurso ao agente infiltrado. Nas ações

⁵⁰ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – Os princípios democráticos e da lealdade em processo penal”, in: *Apostamentos de direito processual penal*, Vol. III, Lisboa: AAFDL, 1995, p. 64.

⁵¹ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador*, op. cit., pp. 195 e ss; SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur e meios enganosos de prova...”, op. cit., pp.1231 e ss,

encobertas em ambiente digital, a Lei do Cibercrime prevê no artigo 19.º, n.º 1 um catálogo diverso⁵² e mais amplo⁵³ do que o da Lei n.º 101/2001⁵⁴.

Embora a utilização das ações encobertas seja justificada, os ordenamentos jurídicos só admitem a sua utilização em *última ratio*, somente sendo legitimada em um princípio de proporcionalidade, que limita a sua utilização frente a criminalidade mais grave⁵⁵. DUARTE ALBERTO R. NUNES entende o catálogo dos crimes previstos na Lei são insuficientes para enfrentar a criminalidade organizada⁵⁶, defendendo uma ampliação do

⁵² Cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *Os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime*, Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 206.

⁵³ A Lei n.º 101/2001 alargou o catálogo de crimes previsto para as ações encobertas que anteriormente na Lei n.º 45/96 apenas previa para os crimes de tráfico de estupefacientes e criminalidade económico-financeira.

Por sua vez a Lei do Cibercrime alargou ainda mais e “passou a se admitir quaisquer ações encobertas para um amplo catálogo de crimes, algum dos quais integrados na pequena criminalidade, por via da al. a) do n.º 1, para os tipos dos arts. 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1 e 2, 6.º, n.º 1 e 3, 7.º, n.º 1 e 2 da Lei do Cibercrime, e por via da al. b) do n.º 1 do art., n.º 19º para um outro elenco de crimes com penas máximas até 5 anos (sendo dolosos), parecendo ainda pretender-se o emprego da medida para crimes negligentes com pena superior a 5 anos”. Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 126.

⁵⁴ Em outros ordenamentos jurídicos a aplicabilidade se restringe a um limitado catálogo de crimes praticados por organizações criminosas ou criminosas organizadas. A lei 101/2001 permite o recurso a ações encobertas em situações de autoria material singular de criminalidade comum ou de massa (por exemplo homicídio e os crimes contra autodeterminação sexual. Cf. JOSÉ BRAZ, *Investigação criminal, A organização, o método e a prova, os desafios da nova criminalidade*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 354, nota 376.

⁵⁵ A lei n.º 101/2001 admite o recurso das ações encobertas para fins de prevenção e repressão. O Tribunal Constitucional no Ac. n.º 578/98 considerou que o recurso ao agente infiltrado em matéria de prevenção criminal não viola Constituição Portuguesa.

ISABEL ONETO entende que para a justificação de uma ação encoberta necessita cumulativamente de dois requisitos (i) existência de sérios indícios da ocorrência de um crime do catálogo ou iminência de ocorrer, (ii) quando os indícios revelarem um enquadramento no terrorismo, criminalidade grave ou altamente violenta. Cf. ISABEL ONETO, *O Agente infiltrado*, op. cit., p. 187. Já MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE entende que o recurso ao agente infiltrado deve obedecer aos juízos de proporcionalidade *lato sensu* na sua visão tríplice: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, defendendo que apenas deve-se utilizar na prevenção criminal *stricto sensu* utilizando medidas adequadas para certas infrações de natureza criminal, cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed., op. cit., p. 578; Ainda no sentido de uma justificação das ações encobertas no domínio da prevenção criminal ver FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/GUEDES VALENTE, *O novo regime do agente infiltrado*, op. cit., p. 29; Na visão de utilização apenas repressiva CATARINA ABEGÃO ALVES, “Agente infiltrado ou provocador?...”, op. cit., p. 363.

DUARTE ALBERTO R. NUNES, acertadamente critica o argumento de utilização da ação encoberta apenas para repressão, já que contraria o disposto na Lei que se destina a responder eficazmente a uma criminalidade danosa e perigosa à sociedade e de muito difícil investigação, ademais, não deve vedar-se *ab initio* as ações encobertas para fins prevenção, cf. DUARTE ALBERTO R. NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”...*, op. cit., p. 514; ainda, o no mesmo autor, em matéria de prevenção criminal entende que somente poderá lançar mão do agente infiltrado no plano de prevenção criminal quando existir probabilidades fundadas de vir a ser obtida uma *notitia criminis* de crimes já cometidos ou que venham a ser cometidos no decurso da realização da ação encoberta, cf. *Idem*. p. 540; no mesmo sentido ANA PINTO, *Investigação criminal com recursos a meios telemáticos: em especial, as buscas online e agente infiltrado online*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Augusto Silva Dias, Lisboa, 2015, p. 62; também MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, op. cit., p. 233.

⁵⁶ “O catalogo de crimes do art. 2 da lei 101/2001, encerra perplexidades como a de, em certos crimes tão graves como o homicídio ou crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual puníveis com a pena superior a 5 anos, só se pode lançar mão das ações encobertas quando o autor do crime não seja conhecido, salvo quando seja referidos a menores

catálogo das ações encobertas no qual “deveria ser idêntico ao que igualmente *de jure condendo*, defendemos em matéria de intervenção nas comunicações eletrônicas. E o mesmo se aplica as ações encobertas em ambiente informático-digitais”⁵⁷.

Em sentido contrário, PAULO DÁ MESQUITA critica a ampliação do catálogo de crimes previsto no regime jurídico das ações encobertas pelo artigo 19º, n.º1 da Lei do Cibercrime. Para o autor, no plano político criminal, a solução apresenta-se incorreta, procedendo “a uma associação inopinada entre crimes informáticos e crimes cometidos por meio de um sistema informático e ação encoberta”. Já no plano jurídico-constitucional “transgride, claramente, a linha do admissível, ao prever uma medida de carácter muito excepcional para um leque muito amplo de crimes, sem aprofundamento normativo dos princípios da proporcionalidade e da necessidade”⁵⁸.

Quanto as ações encobertas em ambiente digital, nos casos previstos na Lei de cibercrime no art. 19.º, n.º 1 que não pertençam ao catálogo do art. 2.º da Lei 101/2001, a utilização parece ser apenas para repressão penal, já nos casos previstos no n.º 2 da Lei 101/2001 poderá se utilizar também para prevenção criminal⁵⁹.

b) Relato do agente encoberto

O agente infiltrado que adentra nas mais diversas e perigosas fações criminosas de alta periculosidade, necessita, sem dúvidas, de uma proteção material e formal⁶⁰ ampliada. O número 4.º da Lei n.º 101/2001 estabelece as regras de proteção do agente

de 16 anos ou incapazes)” Cf. DUARTE ALBERTO R. NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”...*, op. cit., pp. 520-521.

⁵⁷ Cf. *Ibidem*.

⁵⁸ Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *Processo penal, prova e sistema judiciário*, op. cit., p. 126; no sentido de restrição PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do código de processo penal...*, op. cit., pp. 681-682; MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no verão passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 114; no sentido de que o catálogo é muito amplo CATARINA ABEGÃO ALVES, “Agente infiltrado ou provocador? um problema de proibição de prova...”, op. cit., p. 363; ANA PINTO, *Investigação criminal com recursos a meios telemáticos: em especial, as buscas online e agente infiltrado online*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Augusto Silva Dias, Lisboa, 2015, p. 51.

⁵⁹ Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *Processo penal, prova e sistema judiciário*, op. cit., p. 126, nota 86.

⁶⁰ Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed., op. cit., p. 597; FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/GUEDES VALENTE, *O novo regime do agente infiltrado*, op. cit., pp. 15-18.

policial ou terceiro sob seu comando, estabelecendo a possibilidade do agente infiltrado⁶¹, que tenha utilizado da identidade fictícia em uma ação encoberta, ser autorizado, a requerimento da autoridade da PJ ou oficiosamente, a apresentar seu depoimento com aquela identidade fictícia no processo referente àquela ação encoberta, almejando, com isso, a proteção do agente infiltrado contra represálias por parte dos investigados.

Na fase de julgamento, o juiz pode optar pela indispensabilidade da audiência do agente infiltrado, devendo restringir a publicidade conforme artigo 87.º, n.º 1 do CPP, com dever de respeito à Lei n.º 42/2010 de 3 de setembro, que regulamenta a aplicação das medidas para proteção das testemunhas no processo penal⁶², e podendo, ainda, o agente infiltrado prestar o seu depoimento sem que sua identidade seja revelada, com utilização da ocultação de imagem, distorção de voz e de imagem.

Neste sentido, o STJ, no processo n.º 28/003 de 06/07/1995, entendeu que é admissível o não chamamento do Agente Infiltrado a depor, para a preservação de sua integridade física, bem como a preservação do anonimato deste.

Para DAVID SILVA RAMALHO, a regra de não inclusão do relato do agente infiltrado afigura-se inconstitucional por violação ao art. 32.º n.º 1 da CRP. Segundo o autor, “ a presunção de risco para a segurança do agente encoberto, ínsita na excepcionalidade da junção aos autos do relato previsto no art. 4.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001, deveria ser substituída pela necessidade de verificação em concreto desse risco, assim se convertendo a regra em exceção”⁶³. Quanto ao valor probatório do relato do agente infiltrado, nenhuma decisão condenatória poderá se fundamentar exclusivamente no relato do agente infiltrado – afirmando, assim, uma ponderação entre a ocultação da identidade da testemunha e o direito de defesa.

Em ambiente digital, como já vimos, o risco da integridade do agente encoberto/infiltrado é bastante reduzido. Acrescentando a fragilidade da prova e a imprescindibilidade de um relatório pormenorizado do procedimento de recolha de prova

⁶¹ O agente encoberto também poderá gozar das medidas de proteção à testemunha previsto no art. 2.º, al. a) da Lei n.º 93/99, Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários ao código de processo penal...*, op. cit., p. 685.

⁶² Neste sentido MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE afirma que como medida de proteção do agente infiltrado a junção do relato deve obedecer ao princípio da indispensabilidade probatória. Cf. *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed. op. cit., pp. 598-599.

⁶³ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., p. 308.

tornam “por um lado objetivamente indispensável que o relato seja junto aos autos e, por outro, torna injustificável a sua não junção”⁶⁴.

c) *Identidade fictícia*

Nos termos da Lei n.º 101/2001, artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 os agentes de polícia podem atuar, sob identidade fictícia, por um período de seis meses, renovável por igual período, quer no exercício da ação, ou, genericamente, em todas as circunstâncias jurídico-social de sua vida, sendo esta atribuída por despacho⁶⁵ do Ministério da Justiça, por intermédio de proposta do Diretor Nacional da Polícia Judiciária.

A ocultação da identidade do agente no meio em que se infiltra é um dos elementos fundamentais das ações encobertas. Contudo, a Lei não traduz o que é de fato a identidade fictícia⁶⁶. A finalidade da concessão de uma identidade fictícia é principalmente proteger o agente encoberto (não só ele, mas também seus familiares e membros participantes da operação) dos perigos da descoberta por parte de criminosos da sua real identidade, evitando possíveis represálias⁶⁷, e, desta forma, promovendo maior tranquilidade para o agente desempenhar suas funções. Entretanto, o legislador limita apenas aos agentes infiltrados que sejam policiais a utilização da identidade fictícia⁶⁸.

⁶⁴ Cf. *Ibidem*.

⁶⁵ “O despacho de atribuição da identidade fictícia deve ter classificação secreta, cujo teor do mesmo não está acessível ao público nem mesmo ao público que o rodeia no ambiente de trabalho, e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente infiltrado do n.º 4 do art. 5 do RJAE” Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed. *op. cit.*, pp. 599-600.

⁶⁶ A lei não determina o que deve entender por identidade fictícia, conforme DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES “a identidade fictícia não se limita ao mero uso de um nome falso, incluindo a emissão, posse e utilização de documentos falsos, celebração de negócios jurídicos (inclusivamente com terceiros de boa-fé), contas bancárias, “criação” de uma nova família e círculo de amigos, criação de sítios e páginas na internet, etc.. para criar uma aparência criminosa ao agente infiltrado”, cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”*..., *op. cit.*, p. 528; no mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal*, *op. cit.*, p. 682; JOSÉ BRAZ, acrescenta que em outros ordenamentos jurídicos como o da Alemanha, art. 110.º al a), do CPP alemão, para a segurança do agente, este pode utilizar a falsa identidade, durante todo o período autorizado, em todos os momentos da sua vida pessoal, contudo não pode obter quais quer benefício da utilização indevida da identidade, Cf. JOSÉ BRAZ, *Investigação criminal*, *op. cit.*, p. 355, nota 378.

⁶⁷ Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*: Tomo I, *op. cit.*, pp. 553-554; FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁸ Se tratando de um terceiro infiltrado já familiarizado com a quadrilha criminosa não é necessário a utilização de uma identidade fictícia, já que, aquele já é conhecido por uma identidade. Portanto, no artigo 5.º, n.º 1 da Lei 101/2001 o legislador prevê a necessidade de uma identidade ficta pelo agente infiltrado, que é policial.

Ademais, a ocultação da identidade o agente infiltrado não é o simples fato de ficar calado em um ambiente ou a simples ausência de farda que o identifique, mas a possibilidade de poder usar uma identidade falsa e, se necessário, mentir quanto a sua de qualidade policial e, ainda, utilizar esta falsa identidade para interagir, ganhar a confiança do investigado e obter as provas necessárias.

Diferente do que ocorre no mundo físico, em ambiente virtual não há tanta relevância quanto à utilização da identidade fictícia ou ocultação da identidade. Isso porque, em regra, é costume dos utilizadores com fins ilícitos aceder os *sites*, *fóruns*, *blogs* com a utilização de *nicknames*, ou seja identidade fictícia⁶⁹, interagindo com terceiros também já não identificados. Assim, não é de se esperar que um policial faça diferente.

No entanto, cabe analisar se, em certas ocasiões, estaria autorizado o agente policial a utilizar um perfil falso com elementos identificativos falsos (fotografia, nome, idade, cidade...), nos mesmos termos de uma situação real.

Como parece claro, a verdadeira finalidade da “ocultação” da identidade é a proteção dos policiais ou terceiros infiltrados, proteção esta já fortificada com a ausência de contato com os investigados em ambiente virtual, fator que por si só já reduz os riscos pessoais ao agente encoberto. Assim, entendemos que, pela ausência de riscos ao agente, não é necessária uma identidade fictícia nos termos legais do art. 5.º da Lei n.º 101/2001⁷⁰. Ademais, provavelmente o policial já estará utilizando um *nick name* pela lógica do mundo virtual.

Contudo, a falta de regulamentação não pode deixar a cargo da autoridade policial de fazer o que bem entender na perseguição a criminosos em ambiente virtual, devendo haver limites à utilização das identidades fictícias virtuais que induzam a interação entre os polos criminoso-policial, a fim de evitar, sobretudo, a provocação⁷¹.

Entretanto, caso haja a necessidade de se ouvir o investigado em audiência, se necessários confrontar o agente encoberto com os arguidos, o juiz, a título excepcional,

⁶⁹ Salvo em redes sociais como o *Facebook*, no qual a política de privacidade não autoriza a criação de perfil falso.

⁷⁰ Neste sentido DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal...*, op. cit., p. 305.

⁷¹ Quanto a utilização do *nickname* de outro usuário já conhecido pelos outros participantes do meio criminoso, quando se revele necessário, pode-se utilizar as credenciais de suspeitos já conhecidos do *meio*, desde que as credenciais tenham sido legalmente obtidas ou facultadas voluntariamente pelo investigado. Cf. Idem. p. 306.

poderá determinar a prestação do depoimento ao abrigo do regime aplicável à proteção de testemunhas, conforme Lei n.º 93/99, no caso de necessidade de permanência no anonimato para continuação das investigações ou por segurança⁷², cumulado com a exclusão de publicidade do processo, pela força do artigo 87.º, n.º 1, do CPP, conforme artigo 4.º, n.º 4 da Lei n.º 101/2001.

d) Isenção de responsabilidade

As atividades criminosas organizadas possuem seus próprios mecanismos sociais para descobrir a existência de infiltrados ou saber o nível de fidelidade dos membros do seu grupo, principalmente quando estão perante um novato. Para tanto, é comum sujeitar o iniciante a uma “prova-de-fogo”⁷³, para inseri-lo a organização, obrigando-o a cometer crimes leves ou graves.

O agente infiltrado poderá confrontar esta situação e ficar dividido em cometer crime, para ganhar a confiança da organização criminosa, salvar sua vida caso seja descoberto, ter sua identidade revelada e prejudicar a investigação, ou, ainda, ter de cometer crimes para evitar um crime de proporções maiores. Tomando por exemplo as trocas de ficheiros em grupos de pedófilos na internet, para adentrar em tais grupos é necessário o envio de ficheiro contendo pornografia infantil e somente após o cadastro aceito pelos membros do grupo (moderadores), é que o acesso do novo membro é permitido.

De fato, o regime jurídico das ações encobertas passa por um véis político-criminal, originado num meio onde é necessário reprimir a criminalidade organizada ou violenta para que esta não tome proporções alastradas ou tornar-se uma anarquia. Contudo, o papel fundamental da ação encoberta não é somete reprimir ou combater o crime, mas, sobretudo, recolher provas que permitam a prevenção e repressão desses tipos de crimes. Aqui não está em causa a defesa de bens jurídicos dos criminosos, mas sim a autorização para que o agente infiltrado possa praticar atos preparatórios ou de execução de um tipo penal, podendo, contudo, pôr em risco bens jurídicos protegidos, no decorrer de uma ação encoberta, sem ter sua conduta desvalorada pela ordem jurídica e, ao mesmo tempo,

⁷² Cf. Idem., p. 305.

⁷³ Cf. JOÃO PINA GOMES DE ALMEIDA, *Informadores, agentes infiltrados/encobertos op.cit.*, p. 22.

podendo ser justificada pela finalidade da ação, desde que proporcional. Sem esta supressão de direitos, o Estado não conseguiria exercer eficazmente as suas funções.

A isenção da responsabilidade do agente infiltrado está prevista no artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, em que, no âmbito de uma ação encoberta, não é punível “a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”. O legislador decidiu considerar que, em certos casos autorizados pela lei, será permitido o agente infiltrado cometer “atos preparatórios ou de execução” de um tipo penal no âmbito da ação encoberta sem sofrer as responsabilidades penais pertinentes. Portanto, a Lei veio a estabelecer um regime mais rígido de autorizações, intensificando os requisitos de admissibilidade das ações encobertas, sobretudo determinar melhor o regime de isenção de responsabilidade do agente encoberto, de modo a eliminar a instigação e autoria mediata⁷⁴. Contudo, observamos alguns problemas quando o agente infiltrado atuar de forma a praticar crimes em autoria material, para obter a confiança e inserir no grupo criminoso, ou mesmo no decorrer da infiltração.

Parte da doutrina entende que é proibido qualquer prática de crimes pelo agente encoberto, no âmbito de um Estado de Direito, desde que não seja em comparticipação⁷⁵. Neste sentido, RUI PEREIRA, respondendo à questão evidente na Lei – se o agente encoberto estaria autorizado a ser autor singular ou co-autor de um crime – entende o autor que a norma só admite a prática de atos preparatórios ou executivos em situações de comparticipação e “nas hipóteses de autoria singular material, o “agente encoberto” é, mais do que “agente provocador” até, o único agente da infração”⁷⁶. Portanto, tal norma

⁷⁴ A Lei de Drogas (DL n.º 430/83, de 13.12) em seu artigo 52.º influenciado pela Lei de drogas Italiana de 1979, se continha a prever a não punibilidade da conduta do funcionário de investigação criminal que, no âmbito da investigação “aceitasse a entrega de estupefaciente”. Posteriormente foi recepcionado também pelo DL n.º 15/93 de 22.1. Posteriormente foi ampliada pela Lei n.º 45/96 que ampliou este meio de obtenção de prova, passando a ser desenvolvidas além dos policiais, também pelos homens de confiança, passando eles a poder “aceitar, deter, guardar, transportar ou entregar estupefacientes”, mediante prévia autorização da autoridade judiciária. Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas (alguns problemas, algumas sugestões)”, *op. cit.*, pp. 359-360.

⁷⁵ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, *op. cit.*, p. 164. O autor entende que o agente infiltrado poderá ser um “verdadeiro participante”, podendo ser apenas um co-autor e cúmplice. Como as infiltrações tem a finalidade de obter provas não faz sentido o agente infiltrado atuar como autor imediato, autoria singular, nem como autor mediato, pois os executores materiais não serão responsabilizados penalmente já que se tornam um mero instrumento do autor.

⁷⁶ Cf. RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa...”, *op. cit.*, pp. 31-32.

pretende afastar do âmbito das ações encobertas a figura do agente provocador. Assim, “aqueles que deram causa ao crime não podem se beneficiar da isenção de responsabilidade penal”⁷⁷.

Em sentido contrário, EDUARDO MAIA COSTA, entende que a Lei não faz menção expressa, mas parece que não exclui a possibilidade de consumação de crime na ação encoberta. Assim, no desenvolver da ação encoberta, para que esta tenha resultado ou que o agente não seja descoberto, dependa do envolvimento do agente encoberto na prática de crimes, há de ser admitido que o mesmo cometa crimes e autoria material, desde que se verifique o estado de necessidade ou legítima defesa; que sejam necessários e sejam de menor ofensividade possível para terceiros⁷⁸.

Segundo DAVID SILVA RAMALHO “ambas as posições se nos afiguram parcialmente viáveis e cumuláveis, sendo, portanto, de admitir a prática de crimes numa lógica de comparticipação, bem como a prática daqueles ilícitos que preenchem os requisitos acima identificados”⁷⁹.

Uma proibição ao agente infiltrado de cometer crimes no decorrer de uma ação encoberta, a nosso ver, é um retrocesso à intenção que a Lei propõe quanto ao objetivo de descoberta e prevenção de crimes. Neste sentido, ISABEL ONETO aceita o cometimento de crimes desde que bens como a vida e integridade física não sejam lesados. Portanto, caso esteja em questão a lesão de bens jurídicos patrimoniais, “estarão justificadas as ações encobertas a luz de uma justiça funcionalmente eficaz, atendendo ao tipo de criminalidade que as mesmas têm subjacente”⁸⁰. Ora, o recurso da ação encoberta é uma medida excepcional de utilização apenas nos casos em que a investigação (recolha de

⁷⁷ Em uma lógica de co-autoria num outro crime RUI PEREIRA entende diferente, o agente encoberto pode ser co-autor desde que respeite uma lógica de proporcionalidade e que não tenha sido ele a induzir os demais co-autores a prática de um crime. Cf. Idem., p. 32.

Para o problema sancionatório RUI PEREIRA entende que a resposta passa pela distinção entre causas de justificação em sentido forte e em sentido fraco (ou estritamente penais). A conduta do agente infiltrado seria justificada por uma causa de exclusão da ilicitude estritamente penal, cf. Idem., p. 31.

⁷⁸ No plano da natureza da isenção da responsabilidade penal do agente encoberto o autor reconhece como uma *causa de exclusão da punibilidade*, que não elimina a ilicitude da conduta, nem isenta os demais participantes de responsabilidade penal, nem tão pouco afasta a admissibilidade de legítima defesa contra a conduta praticada. Diferentemente se fosse uma *causa de justificação*, estaria excluída a ilicitude (nos termos do Art. 31.º, n.º 2, c), do CP) fato que redundaria na extensão da irresponsabilidade penal para coautores e cúmplices em comparticipação. Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Ações Encobertas (alguns problemas, algumas sugestões)...”, *op. cit.*, p. 365.

⁷⁹ Cf. DAVID RAMALHO, *Métodos Ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁰ Cf. ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, *op. cit.*, p. 181.

provas pelos órgãos competentes) “comum” já não é mais eficiente. Portanto, não há porque dificultar a utilização desse método de obtenção de prova que visa combater a criminalidade que assombra a sociedade. Nos casos em que o conflito de interesses seja com um bem jurídico fundamental como a vida, ou seja, em determinada ação, o agente encoberto está diante de uma situação em que é obrigado a “matar” para salvaguardar a sua própria vida, cremos que o Código Penal já tutela as causas que excluem a ilicitude e a culpa. Portanto, nada impede o agente encoberto também possa acobertar delas.

A nosso ver, um tipo de obtenção de prova que seja benéfico para a sociedade em geral, não pode ser proibido pela ingerência em um bem jurídico de um indivíduo que age contra a sociedade em atos censurados por ela. Quem quer viver em sociedade tem que respeitar as regras por ela imposta, quem quer ter direitos tem que cumprir deveres. Quem está agindo brutalmente contra a Lei pode ser tolhido pela própria Lei.

Quanto à natureza do tratamento sancionatório da punibilidade do agente infiltrado que não seja provocador, a maioria da doutrina portuguesa entende ser uma causa de justificação⁸¹, uma vez que as ações encobertas são um meio de prevenção e repressão da criminalidade organizada legitimada pelo Estado, sob o cumprimento de deveres primordiais de proteção.

4. Conhecimento fortuito das ações encobertas

Em matéria probatória, as provas em Processo Penal estão voltadas normalmente para os sentidos físicos, visuais, palpáveis e audíveis para convencimento do juiz. Portanto, os meios de obtenção de prova previstos na Lei vêm de uma base empírica voltado a esta vertente.

⁸¹ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador*, op. cit., p. 164 “não será punido por exclusão da ilicitude pois encontra-se no exercício de um dever *ex officio*”; DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”...*, op. cit., p. 536; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal...*, op. cit., p. 686; ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, op. cit., pp. 179 e ss.; em sentido diferente, RUI PEREIRA, “O “agente encoberto”...”, op. cit., pp. 30 e ss, para o autor seria justificada por uma “causa de exclusão da ilicitude estritamente penal”.

O ambiente digital é completamente diferente do físico: os computadores, *tabletes*, *smartphones*, podem armazenar até mesmo toda a literatura já escrita. Ademais, são capazes de guardar fotos, vídeos e áudios diversos.

A apreensão de um computador representa um acesso a uma vasta fonte de informação não só relacionado a crimes, mas maioritariamente de cunho pessoal acumulado ao longo de toda a vida do investigado⁸². Uma pesquisa informática ao dispositivo apreendido pode verificar a ocorrência de outros crimes diferentes do investigado, que motivou a apreensão, implicando assim a imputação de outros crimes ao arguido⁸³.

Pensando nisso a Lei do Cibercrime demonstra interesse em salvaguardar a intimidade e privacidade dos investigados nesses tipos de obtenção de prova. Neste sentido, consagrou o artigo 16.º n.º 3 a obrigatoriedade de intervenção do juiz de instrução na injunção aos documentos informáticos apreendidos e cujo conteúdo possa revelar invasão da privacidade do arguido. Portanto, a não observação dessa formalidade poderá provocar a nulidade da prova obtida⁸⁴.

5. Necessidade de utilização de métodos ocultos na persecução penal

Ao longo das décadas, os tipos de crime estão sofrendo metamorfoses oriundas da aproximação cultural proporcionada pela globalização, que, cumulando com as corriqueiras ameaças pelo terrorismo os métodos tradicionais de investigação criminal, mostram-se insatisfatórios na sua função elementar: a persecução criminal.

Os criminosos apresentam-se cada vez mais audaciosos, cruéis e sem respeito pela vida – muito menos respeito pelas Leis e Estado. Nesta crescente onda de criminalidade, já não é mais “o furto, o rapto isolado ou mesmo o homicídio que preocupam as mais

⁸² Em comparação com os outros métodos de obtenção de prova, a invasão na privacidade do investigado é muito maior. Por exemplo, em uma escuta telefónica apenas tem-se conhecimento do que se passa na conversa durante um certo tempo de gravação, se bem que é possível ter acesso a outras informações irrelevantes ao processo, e na apreensão de um computador e seu acesso à internet tem-se uma visão geral de toda a vida do investigado.

⁸³ Nada impede que no âmbito de uma investigação e uma pesquisa informática conclua que o arguido deva responder por outro crime diferente do investigado. Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., p. 254.

⁸⁴ Cf. PEDRO VERDELHO, “A nova lei do cibercrime”, in: *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVII, n.º 320, Universidade do Minho, Braga, (out-dez de 2009), pp. 741-742.

altas instâncias com competência para definir modelos de prevenção e investigação criminal; para esta criminalidade, os métodos e as técnicas tradicionais, vão dando ainda respostas satisfatórias”⁸⁵. A preocupação da sociedade hoje é com a sensação de insegurança gerada pelas novas formas de criminalidade emergentes, oriundas da pós-modernidade⁸⁶ e dos movimentos da globalização, a qual proporcionou o surgimento de novos e grandes riscos globais⁸⁷, fator que gera na sociedade uma maior tolerância quanto a medidas mais restritivas aos direitos fundamentais⁸⁸.

Os Estados confrontam-se com formas cada vez mais complexas de criminalidade, as quais querem enfraquecer o desempenho de suas funções. Por sua vez, a coletividade necessitará de uma atuação mais eficaz dos órgãos responsáveis pelo combate ao crime e somente com a dilatação dessa atuação poderá diminuir a incidência dessa maior criminalidade. Contudo, é sabido que para combater crimes que não respeitam fronteiras nem soberanias, é necessário facultar princípios em prol de situações que de outra maneira não se atingiria. A eficácia no combate ao crime torna-se primordial, e, conforme FRANKLIN FURTADO, não é errado dizer que “ela ganha uma dimensão ética, porquanto se ela falecer ou for insuficiente, a sociedade ver-se-á desamparada face ao crime e aos criminosos e o Estado verá frustrado um dos seus fins mais elementares”⁸⁹.

A regra em um Estado Democrático de Direito é a defesa dos direitos e liberdades de todos os cidadãos frente às agressões daqueles direitos protegidos, seja por outro cidadão ou mesmo do próprio Estado. Neste viés, somente em última instância é aceitável a utilização das sanções restritivas previstas no direito penal, após utilização de recurso menos gravoso e respeitando-se o princípio da proporcionalidade. Contudo, como salienta

⁸⁵ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança”. Será o caminho?”, in: AA.VV., *II Congresso de Processo Penal*. Memórias (coord: Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, p. 83.

⁸⁶ “Atentados ao ambiente à escala planetária; as grandes redes internacionais de tráfico de drogas, de tráfico de armas, de tráfico de substância radioactivas, de tráfico de capitais, de tráfico de obras de arte, de tráfico de órgãos humanos, de tráfico de crianças e embriões. Mas são ainda, e também, os crimes de natureza económica e financeira e, as sempre com eles colgadas, cifras negras e o incontornável terrorismo”. Cf. *Ibidem*.

⁸⁷ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português: perspectivas e problemas”, in: AA.VV., *Que Futuro para o Processo Penal? Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 806.

⁸⁸ Situação que ao nível de processo penal, suscita uma sequência de problemas. Segundo FIGUEIREDO DIAS “reforço da solidariedade global em ordem a uma mais consistente proteção das vítimas, reais e potenciais, presentes e futuras, da nova e grande criminalidade; diversificação das respostas político-criminais face à nova criminalidade massificada; crescente internacionalização do direito e do processo penal”. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português...”, *op. cit.*, p. 806.

⁸⁹ Cf. FRANKLIN FURTADO, “O agente infiltrado”, *op. cit.*, p. 9.

MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “o que parece indubitável, é que novos problemas se colocam ao direito penal e que o direito penal parece ter perdido a habilidade de lidar com eles”⁹⁰. Assim, esta circunstância tem feito aumentar, junto com a necessidade de uma proteção estadual reforçada, o pensamento de estreitamento de direitos e liberdade das pessoas, bem como a utilização de métodos ocultos na prevenção e repressão criminal.

Portanto, deve haver uma ligação entre o processo penal e o crime que combine, na prática, a aplicação de um em função do outro, onde um acompanhe o outro nas suas características e também no tempo. Ou melhor, quando a gravidade dos crimes e o modo de execução for sofisticado, cruel, violento, devem existir, também, novos meios de investigação e obtenção de prova, mais sofisticados e restritivos de direitos, para contrabalancear e combatê-los⁹¹.

Uma figura jurídica que, ao amparo da lei, omite dolosamente sua identidade a fim de capturar criminosos, gera controvérsias perante a doutrina, suscitando questões contestáveis no plano jurídico, ético e em matéria de lealdade⁹² perante a supremacia do Estado. O reconhecimento das ações encobertas passa pelos fins que nela se almejam, principalmente de natureza preventiva⁹³, consagrados constitucionalmente, em confronto com os direitos renunciados. Neste passo, conforme HENRIQUES GASPAR “os interesses que se entrecruzam são de tal ordem e os meios que os criminosos dispõe, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma excepcionalidade no modo de obter as provas”⁹⁴.

A utilização das ações encobertas vem alcançando grandes resultados em matéria de prevenção e repressão no combate à criminalidade violenta e altamente organizada,

⁹⁰ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança”, ...”, *op. cit.*, p. 83.

⁹¹ Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES afirma que o processo criminal deverá orientar-se pela conciliação entre dois princípios ético-jurídico fundamentais: “o princípio de reafirmação de defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica – i. é, do sistema de valores ético-jurídico que informam a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal -, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, i. é, os direitos redutíveis da pessoa humana.” Assim para o autor seria deste modo que “o proc. criminal se deve prescrever-se e actuar-se em termos de se oferecer como um instrumento jurídico para uma válida e eficaz luta contra o crime, pela realização do direito criminal, não deve traduzir menos uma garantia jurídica dos cidadãos. E essa garantia concede-a o processo criminal duplamente.” Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Lições do Dr. Castanheira Neves, Coimbra, s/ed., 1968, p. 7.

⁹² Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos...”, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁹³ Cf. RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” ...”, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁴ Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As ações encobertas e o processo penal, ...”, *op. cit.*, p. 49

sobretudo nos crimes realizados por meios informáticos, respondendo aos anseios da sociedade. Embora cause seus receios⁹⁵ perante a perda dos direitos e garantias pessoais, uma atitude mais enérgica é necessária para reduzir a criminalidade que não respeita quaisquer regras. Assim, RUI PEREIRA aponta que “uma conclusão radical que exclua sempre o recurso ao agente encoberto, pode implicar em elevado custo político-criminal”⁹⁶. Ou seja, é essencial a utilização de métodos de investigação não tradicionais para combater crimes não comuns.

Neste passo, a segurança social “fala mais alto”, pois evitar atentados terroristas ou desmanchar uma quadrilha altamente organizada não é tarefa fácil: os praticantes do terrorismo não obedecem a qualquer padrão, são arrojadados nas suas atitudes, podem agir de surpresa, em qualquer lugar, qualquer ocasião, dentro de igrejas, ou seja, todas as pessoas são potenciais vítimas. Podem os terroristas, inclusive, sacrificar suas vidas para cometerem os atentados que se propuseram. Desta forma, evitar as ações terroristas depende da infiltração na organização e do acompanhamento diário das suas ações para tentar prevenir tais atentados.

Não só as organizações terroristas, mas também as demais organizações criminosas são geridas por complexidade organizatória, de modo que somente a infiltração de agentes de polícia ou particulares a comando daquela, proporcionaria a recolha de provas e identificaria os membros do grupo criminoso⁹⁷.

Além do mais, a utilização das ações encobertas possibilitaria a recolha de provas não só dos crimes que estão sendo cometidos, mas também dos que estão na iminência de serem cometidos e também dos já praticados, podendo assim solucionar casos anteriormente sem solução e, principalmente, evitar o cometimento de novos crimes⁹⁸.

⁹⁵ O receio que referimos é a ansiedade pela possibilidade de gerar vítimas inocentes pelo agente infiltrado que se torne provocador. Neste sentido Ac. Do TC n.º 578/98 decidiu que o carácter enganoso da ação encoberta é similar a escuta telefónica, decidindo pela constitucionalidade das ações encobertas em matéria de prevenção e repressão. [em linha], [consult. aos 10 julho de 2018], disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

⁹⁶ Cf. RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” ..., *op. cit.*, p. 21.

⁹⁷ Cf. ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, *op. cit.*, pp. 143-144; MARIA JOSÉ MORGADO/JOSÉ VEGAR, *O inimigo sem rosto, fraude e corrupção em Portugal*, Lisboa: Dom Quixote, 2003, p. 119; JOÃO PINA GOMES DE ALMEIDA, *Informadores, agentes infiltrados/encobertos...*, *op. cit.*, p. 09; Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 578/98, [em linha], consult. aos 10 julho de 2018 disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁹⁸ Cf. DANIEL SILVA, “Ações encobertas no estado de direito democrático”, in: *Investigação Criminal*, n.º 5, ASFIC, Lisboa, 2013, p. 38; “Quando a entrega controlada seja cumulada com uma ação encoberta, a realização desta poderá permitir ao agente infiltrado obter informações que, disponibilizadas as autoridades, poderão ser úteis para delinear a

Numa primeira análise, os métodos ocultos⁹⁹ de investigação representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação da pessoa alvo, sem que estas tenham a verdadeira percepção do que se passa. Portanto, a pessoa continua agindo, interagindo, falando, usando telemóvel, se comunicando de forma geral com outras pessoas, atuando de forma a provocar provas auto-incriminatória, isto tudo de forma inocente. Como salienta COSTA ANDRADE “os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas – normalmente o suspeito – a ditar inconscientemente para o processo da “confissão” não esclarecidas nem livres. E isto para não entrar em linha de conta com as constelações qualificadas em que, no contexto das acções encobertas, há indução das pessoas à prática de crimes pelos quais vão depois ser perseguidos (*agente provocador*)”¹⁰⁰.

Neste passo, no plano material-substantivo, os métodos ocultos de investigação abatem bens e direitos fundamentais como “privacidade/intimidade, palavra, imagem, sigilo profissional, inviolabilidade do domicílio, segredo de Estado, sigilo das telecomunicações confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais, autodeterminação informacional”¹⁰¹. Por seu turno, no plano adjetivo-processual, viola “o direito a recusar testemunho ou depoimento (art. 134.º e 135.º), o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o direito ao silêncio”¹⁰². E ainda, permitem a obtenção forjada de uma confissão inconsciente e, sobretudo não livre.

Contudo, embora seja de grande valia a utilização do agente infiltrado no combate à criminalidade organizada e violenta, este meio de obtenção de prova encontra algumas dificuldades principalmente quanto a segurança do agente infiltrado. Nas organizações criminosas de mesma etnia, ou que os membros integrantes possuam laços familiares, a infiltração por agente policial torna-se praticamente inviável. Neste ponto, seria

entrega controlada (pois as autoridades conhecerão o plano criminoso em detalhe) conferindo-lhe maior eficácia e diminuindo os riscos da operação”. Cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”...*, op. cit., p. 507.

⁹⁹ Na concepção de COSTA ANDRADE os métodos ocultos de investigação são: “as intromissões nas telecomunicações na diversidade de formas e manifestações, agentes encobertos e “homens de confiança”, observação oculta, videovigilância, “buscas on-line”, gravação de imagem ou de palavra com câmara ou microfones ocultos (“gravação ambiente”, etc. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *“Bruscamente no verão passado”, a reforma do código de processo penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 106.

¹⁰⁰ Cf. *Ibidem*.

¹⁰¹ Cf. *Ibidem*.

¹⁰² Cf. *Idem*. pp. 106-107.

importante, para suprimir os riscos ao agente, a utilização de um “homem de confiança” pertencente ao grupo étnico ou família¹⁰³.

Com relação às ações encobertas na internet, seria quase impossível sem a utilização das ações encobertas identificar o agressor ou a vítima e obter as provas para incriminar. Este método de investigação tem se mostrado bastante eficiente em termos de prevenção e repressão contra os crimes que visa a combater¹⁰⁴.

Segundo DAVID SILVA RAMALHO, nas investigações criminais na *Dark Web* tem obtido excelente resultados frente a outros métodos de investigação criminal. Assim, “a sua principal vantagem reside no facto de permitir ultrapassar os obstáculos à descoberta da identidade e localização dos autores de crimes e respectivas vítimas, através da persuasão dos próprios suspeitos a ceder elementos que permitam a sua identificação”¹⁰⁵. No entanto, afirma o mesmo autor, em locais da internet onde não seja possível a interação com os investigados (sites que só permitem aceder ou baixar vídeos, por exemplo) a utilização do agente infiltrado terá pouca utilidade¹⁰⁶.

6. Necessidade de uma tutela jurídica específica

Um método de obtenção de prova que, a princípio, está voltado, discutido, testado na realidade física, cuja evolução visa a promover a ponderação entre a eficácia da tutela penal com os direitos fundamentais, ou seja, a concretização dos princípios em detrimento dos direitos fundamentais¹⁰⁷, não pode ser simplesmente adequado a uma realidade totalmente diferente. Ainda no mundo físico, a criminalidade evolui constantemente e de forma veloz, sempre buscando meios de burlar a legislação que temos e praticar novos tipos penais ainda não catalogados para fugir dos sanções penais. Portanto, a tutela jurídica do ambiente digital necessita de uma maior atenção por parte do legislador, que

¹⁰³ Cf. DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal...*, op. cit., p.507

¹⁰⁴ “Trata-se de uma medida a muito utilizada nos Estados Unidos da América com resultados surpreendentemente positivos, principalmente, ao jogo ilegal, tráfico de drogas, pornografia infantil, pedofilia on-line, e que tem elevado valor inestimável na prevenção e repressão neste tipo de cibercriminalidade”. Cf. DAVID SILVA RAMALHO, “A investigação Criminal da *Dark Web*”, op. cit., p. 408.

¹⁰⁵ Cf. *Ibidem*. Idem., pp. 408-409.

¹⁰⁶ Cf. Idem., p. 409.

¹⁰⁷ O surgimento de novos problemas carece de direitos fundamentais amplos ou mesmo do surgimento de direitos fundamentais que acompanhe das novas realidades, para poder proteger satisfatoriamente todas as questões.

somente nas últimas décadas vem encarando os novos problemas, que até então eram remetidos de forma analógica ao regime geral.

No processo penal, a analogia ao regime geral, foi introduzida quando surgiram novos meios de interação entre as pessoas, típicos de ambiente virtual, oriundas das novas tecnologias (por exemplo: e-mail, correio eletrônico, (...)) resultando em uma tendência optativa de adaptação da realidade física à virtual. Portanto, cabe perguntar se a realidade virtual necessita de um regime autônomo, uma nova tutela de direitos moldada a sua realidade.

No sentido de criação de um “novo direito”, o Tribunal Constitucional Alemão¹⁰⁸ decidiu com base em elementos técnicos, em fevereiro de 2008¹⁰⁹, por conferir poderes à entidade responsável pela proteção da Constituição de acessar secretamente sistemas informáticos de suspeitos de crimes, podendo utilizar a instalação de dispositivos desenvolvidos para espionagem (*malware*) e monitorar o conteúdo do sistema informático do visado, em detrimento da vulnerabilidade técnica deste¹¹⁰. Neste passo, o Tribunal analisou, primeiramente, a vasta quantidade de informação armazenada pelos utilizadores, seja na internet ou no próprio computador (i); passou a analisar o meio de obtenção de prova face ao segredo das telecomunicações (ii); face a inviolabilidade do domicílio (iii); autodeterminação informacional (iv).

O Tribunal concluiu pela proteção adicional a confidencialidade e à integridade dos sistemas técnicos informáticos, nascendo assim um “novo direito fundamental”. Conforme ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, “a decisão torna clara a necessidade de intervenção pública e dos particulares para assegurar a proteção dos “sistemas técnico-informacionais”. Assim, esta é “uma perspectiva fundamental para assegurar a

¹⁰⁸ Anteriormente, em uma investigação criminal relativas a atos de terrorismo em 2006, o Procurador da República da Alemanha fez um requerimento de mandado judicial para instalação de um *malware* em um computador de um suspeito. O pedido foi indeferido, motivando o Procurador a interpor recurso para o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha fundamentando que os ditames do Código de Processo Penal alemão referentes às buscas em locais físicos seriam análogos as pesquisas e apreensões de documentos armazenados em sistemas informáticos. Por sua vez o Tribunal concluiu em sentido contrário as pretensões do procurador, entendendo que as buscas em computadores e as buscas em locais físicos eram divergentes, improcedendo o pedido. Cf. DAVID SILVA RAMALHO, “O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16 (out-dez), 2003, pp. 216-217.

¹⁰⁹ Cf. BverfG, BvR 370/07 vom 27.2.2008, [em linha], [consult. aos 08 de agosto de 2018], disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html.

¹¹⁰ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., p. 243; do mesmo autor, “O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal”, op. cit., p. 219.

manutenção de uma sociedade evoluída do ponto de vista comunicacional, e não de um mundo onde os sujeitos se assumam como “mónadas sem janelas”¹¹¹. As diversas possibilidades de comunicação pelas redes de internet aumentaram, também, os paradigmas comunicacionais, “construindo-se uma sociedade da comunicação, onde convivem publicidade e privacidade”. Assim, a proteção advinda da decisão do Tribunal assenta na criação de deveres de proteção de forma a assegurar ao usuário e utilizador dos dados as garantias de confidencialidade e de integração do usuário com a sociedade e reduzindo riscos contra acessos do indevidos, inclusive por parte do Estado ¹¹². De acordo com DAVID SILVA RAMALHO, “trata-se, portanto, de um direito fundamental cujo objeto abrange sistemas informáticos que, por si ou na sua ligação à rede, possam conter dados pessoais do visado, susceptíveis de permitirem o conhecimento de parte significativa da sua vida ou que forneçam uma ideia detalhada da sua personalidade (por exemplo, computadores portáteis, e telemóveis) ”. Prosseguindo o mesmo autor, “a tutela aqui conferida não se restringe, portanto, aos sistemas informáticos concretamente afectados, mas abrange igualmente outros sistemas que sejam acessíveis através daquele. Incluem-se aqui no âmbito da sua tutela, os webmails ou outros serviços de computação em nuvem acessíveis a partir do sistema inicial”¹¹³.

A criação de um “novo direito” na ordem jurídica portuguesa, semelhante a alemã, que tutela a confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais e consequentemente todo o ambiente informático-digital, contra a ingerência estatal e de particulares não autorizados, a nosso ver é útil e necessária. Apesar dos direitos protegidos por uma medida semelhante a alemã, já serem expressa em outros dispositivos, como a Lei do Cibercrime¹¹⁴, cremos que uma tutela específica supriria as lacunas que uma

¹¹¹ Cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 508.

¹¹² Cf. *Ibidem*. Idem., pp. 508-509

¹¹³ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., p. 248; de forma mais ampla, referente ao âmbito de material de proteção do novo direito, abrangendo para os pen-drive, os discos externos e também redes internas, computadores portáteis, smartphones, memória USB, agendas eletrônicas e outros e inclusive nos ciber-cafés onde haja vários usuários, aqui a investigação deve ser direta e apenas no computador do investigado. Cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais...*, op. cit., pp. 506 -507.

Por fim, em virtude dos riscos de terrorismo, a Lei alemã em comento, introduziu no ordenamento jurídico a alternativa ao recurso a *malware* para efeito de prevenção de crimes associados a terrorismo, baseados nas decisões do Tribunal Constitucional.

¹¹⁴ Na realidade portuguesa já se verifica, na lei do Cibercrime, proteção aos sistemas informáticos, artigos 5.º e 6.º da Lei n.º 109/2009. Cf. PEDRO VERDELHO, “Comentários à Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro” in: *Comentários das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I, [Coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque e Jose Branco, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 512-517.

interpretação discutível e extensiva dos dispositivos existentes pode fragilizar os direitos protegidos.

II. Das provas obtidas nas redes sociais

Em um mundo virtual, é aceitável que pessoas utilizem identidade virtual, ou fictícia, portanto, em regra, neste meio oculta-se a identidade, criando-se um perfil falso para interagir com pessoas virtuais¹¹⁵, não sendo possível identificar se estamos falando com homem ou mulher, criança ou adulto, policial ou criminoso.

É neste meio de fantasia e rapidez que as pessoas se comunicam, trocam informações, compartilham ficheiros de interesses mútuo, inclusive com várias pessoas de vários continentes ao mesmo tempo, muitas vezes abdicando dos direitos básicos de privacidade¹¹⁶.

Neste passo, é necessário que as autoridades responsáveis pela investigação de combate a crimes atuem na internet tanto quanto necessário para garantir a privacidade e prevenir crimes contra os usuários e obter as provas que possam incriminar um delinquente.

SIDNEY GUERRA conceitua a internet como “um conjunto de redes interligadas, de abrangência mundial”, isto é, “a internet consiste em um conjunto de tecnologias para acesso, distribuição e disseminação de informação em rede de computadores, acesso a base de dados e diversos tipos de serviços de informação, cobrindo praticamente todas as áreas de interesses da sociedade”¹¹⁷. Portanto, trata-se de um meio de comunicação global, considerado a chave da chamada sociedade da informação¹¹⁸. Logo, como meio de comunicação imprescindível para o homem, merece uma proteção especial, pois “o homem se manifesta, socialmente, comunicando-se”, e por este motivo “sua comunicação deve ser protegida, tanto quanto informações ao seu respeito”¹¹⁹.

¹¹⁵ Algumas redes sociais como o *Facebook* requer a criação de perfil verdadeiro sob a penalidade de exclusão do perfil fictício.

¹¹⁶ Para efeito de simplificar o este estudo, adotará a terminologia direito à privacidade; abarcando os demais desdobramentos do direito a intimidade, a vida privada, imagem e a honra.

¹¹⁷ Cf. SIDNEY CESAR SILVA GUERRA, *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*, Rio de Janeiro: América jurídica, 2004, p. 93.

¹¹⁸ Cf. PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Tercera Edición actualizada, Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 27.

¹¹⁹ Cf. VICTOR GAMEIRO DRUMMOND, *Internet Privacidade e Dados Pessoais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 4.

As redes sociais em ambiente digital, são estruturas muito complexas que formam um conjunto da sociedade humana, que podem desenvolver conexões e interações mais rápidas e com maior abrangência do que as interações no mundo real (são exemplos de redes sociais: o *Twitter*, o *Facebook*, o *Instagram*, o *MySpace*)¹²⁰. As redes sociais podem ser definidas como um grupo de pessoas que estão muito mais conectadas umas com as outras do que a outros grupos de pessoas conectadas em outras partes da rede¹²¹. Isto é, as redes sociais em ambiente digital formam uma espécie de comunidade virtual que permitem com que as pessoas interajam em uma rede de contatos, para manter relações sociais¹²².

Todas essas redes de pessoas conectadas possuem formas semelhantes de interação baseadas principalmente nos utilizadores como centro da Rede, criando um verdadeiro sentimento comunitário entre os participantes, que interagem entre si formando laços de amizade limitado apenas pela privacidade, e servindo de propósito para recrutar novos usuários a criar um perfil¹²³.

Algumas redes sociais, como os blogs, são comparadas na realidade às praças públicas, onde se reúnem várias pessoas para debaterem da vida alheia e com isso classificar os indivíduos socialmente. Diante do maior alcance das redes sociais na internet, o indivíduo está constantemente posto à prova e socialmente julgado por outros indivíduos¹²⁴. Outras redes sociais possuem um filtro de privacidade particular que, podem ser facilmente controladas pelos usuários. No *Facebook*, por exemplo, as informações são publicadas em três grandes níveis: (i) Informações Públicas – informações disponibilizadas irrestritamente para todas as pessoas, inclusive para aquelas que não possuem conta; (ii) informações restritas (amigos) – a informação é disponibilizada um grupo restrito de amigos; e (iii) Privadas – (o Facebook utiliza

¹²⁰ Cf. CHRISTAKIS, NICHOLAS A. E FLOWLER, JAES H., *Conectados, El sorprendente poder de las redes sociales y como nos afectan*, Tradución espanhola, Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2010, pp. 11-13, [em linha], acesso em 12.09.2018, disponível em: <https://catedradatos.com.ar/media/2.-Christakis-Nicholas-A.-Conectados.pdf.pdf>.

¹²¹ Cf. *Ibidem*.

¹²² Cf. ANA RITA FELIZARDO FRANCISCO, *A comunicação das marcas no facebook, características visuais e de interação*, dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à Universidade de Lisboa, 2015, pp. 10-11, [em linha], disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/23515/2/ULFBA_TES_899.pdf.

¹²³ Cf. JOANA VERÍSSIMO/MARIA MACIAS/SOFIA RODRIGUES, *Implicações jurídicas das redes sociais na internet: um novo conceito de privacidade*, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Nova de Lisboa, 2011, p. 2.

¹²⁴ Cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais..., : a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa: AAFDL, 2015.

“somente eu”) – neste tipo de opção as informações, destina-se ao acesso exclusivo e pessoal do usuário¹²⁵.

Em cada um desses níveis, o utilizador exprime o desejo pela preservação da sua intimidade, de modo que a busca por provas por parte do Estado contrasta com o direito à privacidade do investigado. Portanto, somente analisando cada hipótese é que possibilitará averiguar a validade da prova obtida.

Observam-se, portanto, inúmeros efeitos da violação do direito à privacidade dos usuários das redes de internet. Daí a importância de determinar se houve invasão a alguma zona punível por parte do investigador, por isso é essencial estabelecer qual esfera foi atingida: esfera pública ou privada.

1. Informações públicas

Há várias formas de manifestações comunicacionais na internet. As principais, para VICTOR DRUMMOND, são: (i) os sítios cibernéticos; (ii) os grupos de discussão; (iii) o envio/recebimento de mensagens eletrônicas e (iv) os grupos de conversas (salas de bate-papo ou chats). Para estabelecer o aspecto público ou privado de uma comunicação na internet, é necessário a análise de mais alguns critérios, em ordem crescente, quais sejam: (i) a identificação do destinatário da mensagem; (ii) a ciência da quantidade de pessoas envolvidas na comunicação, e, (iii) o conhecimento da relação de intimidade entre as pessoas envolvidas na comunicação¹²⁶. Na prática, “toda mensagem cujo destinatário for indeterminado será uma mensagem pública”¹²⁷. Já as mensagens “trocadas” entre destinatários determinados, deverá utilizar o critério da “ciência da quantidade de pessoas envolvidas na comunicação (ii), assim, quando houver somente um destinatário (ausência de terceiros), a comunicação será privada”¹²⁸. Por fim, ainda pode-se analisar a situação de interação em um grupo com um destinatário certo, com mais de dois participantes. Neste caso, o que vai determinar a privacidade da conversa é o grau de amizade entre os

¹²⁵ Disponível em https://www.facebook.com/help/211513702214269?helpref=faq_content.

¹²⁶ Cf. VICTOR GAMEIRO DRUMMOND, *Internet, Privacidade e Dados Pessoais...*, op. cit., p. 25.

¹²⁷ Cf. Idem., p. 26.

¹²⁸ “Assim, pode-se observar o exemplo do envio e recebimento de mensagens através dos grupos de conversa, a utilização dos sistemas de troca sincrônica de informações (IRC ou ICC)”. Contudo, esta definição ainda não abarca todos os possíveis casos de comunicação da internet, ou seja, há casos de destinatários certo que podem classificar como conversa pública. Cf. *Ibidem*.

participantes, se forem amigos coesos, coerentes, fiéis, com grau de confiança elevado, e não houver estranhos de menor grau de intimidade com qualquer participante, as comunicações serão privadas¹²⁹.

Para um usuário ou um agente policial ter acesso aos grupos públicos em sites de relacionamento que não exigem muitos requisitos admissionais, muitas vezes é necessário apenas criar um perfil falso e um *nickname*, e, apenas com um registro prévio é possível aceder aos conteúdos, ficheiros e demais informações de acesso livre. O acesso a este tipo de ambiente é comparado no plano real à entrada de um policial *à paisana* à um concerto, estádio de futebol, café, shopping center (...), que qualquer pessoa pode aceder, contudo com a diferença que no plano virtual necessita de um nome fictício e no plano real apenas não revela sua identidade policial.

No caso do agente *à paisana* em ambiente real o agente policial poderá adentrar em qualquer sitio sem necessidade de se identificar como tal, como se uma pessoa “comum” fosse e a obtenção de prova não gera qualquer problema. Contudo, ao adentrar em uma sala de bate-papo que sabidamente é utilizada por criminosos, há-de ter mais cuidados para não influenciar de certa forma o investigado com nomes sugestivos. Imaginemos que o agente de polícia crie um *nickname* que insinue um criminoso a entrar em contato com ele (por exemplo um *nickname* que insinue que quer comprar drogas), ou, se o policial criar a mesma identidade ficta de uma chefe de organização criminosa?

A ocultação da identidade e criação de um nome fictício em ambiente digital, como já foi dito, não gera qualquer embaraço, visto que os utilizadores da internet costumeiramente também não utilizam a sua identidade verdadeira, e a recolha da prova do ilícito está livremente disponível. Contudo, quando há interação direta com o investigado, sai-se do âmbito de ambiente público para interação privada.

A questão fundamental está na privacidade ou perda dela, uma vez que os usuários se permitem perder a privacidade para poder trocar informações que pretendem. Nas redes sociais, quando há troca de informações em domínio público, envio de dados a vários usuários de interesse comum, com o interesse em propagar a mensagem, observa-se a falta de privacidade devido ao “caráter público” da mensagem, pois o acesso àquela

¹²⁹ Cf. *Ibidem.*, Idem., pp. 26-27.

informação foi disponibilizado para pessoas indeterminadas, inclusive dentro deste grupo podem estar as forças policiais¹³⁰. Desta forma, não viola a intimidade de uma pessoa o policial que obter prova em *site*, *chat* ou outro meio, através de publicação aberta, pois considera-se que o cidadão não tomou os devidos cuidados básico para proteger a intimidade ou simplesmente prescindiu da mesma¹³¹.

Segundo DANNI SALES SILVA, “a exposição deflagrada pelo usuário que posta um documento com livre e ilimitado acesso, num site de relacionamento, coloca a informação fora do âmbito da intimidade em qualquer das suas esferas, e, por conseguinte, da respectiva proteção legal”¹³².

Neste passo, as informações que estão publicamente acessíveis na internet ou sites de relacionamentos podem ser obtidas como meio de prova pela polícia judiciária ou qualquer órgão de investigação criminal, independentemente da autorização judicial, pois não fere qualquer princípio nem a intimidade da pessoa¹³³.

¹³⁰ Em *Estados Unidos v. Birchfield*, Boletim No. A-4371-05T4, 2007, o tribunal admitiu provas reunidas em uma sala de bate-papo pública. Na ocasião o arguido se comunicou através de uma sala de bate-papo pública, na intenção de marcar um encontro e consumir relações sexuais com um menor, mas na verdade era um agente de polícia disfarçado. Em sua defesa o arguido alegou violação a Quarta Emenda, por sua vez o Tribunal entendeu que não há proteção à Quarta Emenda quando alguém transmite uma mensagem pela internet, faz por conta e risco, sem saber quem está do outro lado da conversa, se é menor de idade, se é um adulto ou se, se for menor de idade, a conduta será denunciada a um adulto ou, de fato, é alguém que transmitirá as informações ou se é mesmo um agente policial. O tribunal de apelação manteve a decisão do tribunal corroborando que não há expectativas razoáveis de privacidade na sala de bate-papo pública, na qual qualquer adulto pudesse participar. Ademais, complementou o tribunal que a presença do agente secreto na sala de bate-papo não comprometia o anonimato dos usuários legítimos ou interferia em seu direito de falar no fórum público da sala de bate-papo. Suas atividades afetaram apenas o réu, cujos esforços para atrair um menor para a atividade sexual eram ilegais e não protegidos pela Primeira Emenda.

¹³¹ Uma das formas de ter acesso às informações livre e ilegítima seria o consentimento do titular do direito, podendo ser de forma tácita ou expressa. Cf. SPIRIDON NICOFOTIS ANYFANTIS, *A captação de imagens como prova no processo penal*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de direito de Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2004, [em linha], [acesso em 15.06.2018], disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/6866/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Spiridon%20Nicoftis%20Anyfantis%20-%202004.pdf>.

¹³² Cf. DANNI SALES SILVA, “Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração policial de agentes policiais no meio virtual”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 120, Ano 24, pp. 203-235. São Paulo: Ed. RT, (maio-jun. de 2016), p. 208.

¹³³ Cf. DAVID SILVA RAMALHO entende que o acesso pelos policiais a este tipo de *websites* será admissível fora do âmbito das ações encobertas. Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, *op. cit.*, p. 297.

2. Informações restritas

Em algumas redes sociais, existe a possibilidade de escolher a forma privada, ou seja, restrita a determinadas pessoas - amigos. Nesta modalidade de publicação, a obtenção de informações ou provas pode violar a intimidade do indivíduo quando houver uma expectativa de sigilo por parte do dono da informação, em razão de ter sido tomadas as precauções para divulgar apenas a certas pessoas, não podendo assim ser invadido por um agente policial que queira obter provas¹³⁴. Por outro lado, quando em um grupo, mesmo sendo de amigos para troca de informações, há uma perca presumida da intimidade quando os interlocutores têm um caráter de falta de descrição, desta forma não existe a “intenção” de segredo e consequentemente equipara-se a um grupo público¹³⁵.

Portanto, no caso de uma conversa privada, através de uma rede social, entre dois amigos que se conhecem de longa data, caso algum divulgue ou forneça à polícia informações, estas violariam a intimidade daquele que possuía expectativa de sigilo. Já quando os interlocutores não têm a intenção de reserva nas conversas e, consequentemente, não há expectativa de intimidade privada¹³⁶, o fornecimento da informação não atinge a intimidade de quem proferiu a mensagem.

Deste modo, uma conversa aberta a várias pessoas implica uma abdicação de parcela da intimidade, dado ao caráter coletivo das informações, podendo estas serem facilmente copiadas e coladas em outros grupos de amigos alheios ao interlocutor e, consequentemente, obtidas pela polícia.

¹³⁴ Em Estados Unidos vs. Cardoza-Hinojosa, o tribunal norte-americano delimitou que a proteção a Quarta Emenda depende de alguns fatores importantes se o réu exibiu uma expectativa subjetiva de privacidade deixando-o imune de intrusão governamental; se ele tomou as precauções normais para manter a privacidade” (citando Estados Unidos vs. Ibarra, 98F2d 903 906 [5 Cir. 1991]; Cf. DANNI SALES SILVA, “Da Validade Processual Penal das Provas Obtidas Em Sites de Relacionamento...”, *op. cit.*, p. 208, nota 9.

¹³⁵ DANNI SALES DA SILVA destaca dois pontos primordiais na apreciação da existência de privacidade das informações extraídas em conversas entre ocupantes de um grupo restrito: “o número de interlocutores e a confiabilidade deles, elementos que devem ser apreciados de forma conjugada no caso concreto”. Cf. DANNI SALES SILVA, “Da Validade Processual Penal das Provas Obtidas Em Sites de Relacionamento...”, *op. cit.*, pp. 209-211

¹³⁶ O Supremo Tribunal da Alemanha sintetizou: “(...) A proteção do segredo das telecomunicações não vai além do alcance do segredo determinado pelos participantes e segundo a discrição desses. A garantia constitucional desse segredo não limita qualquer dos participantes na comunicação em seu direito de sozinho decidir se e em qual extensão ele vai manter a comunicação fechada ou irá garantir acesso a ela a um terceiro” Cf. BHGSt 39, At 338-39, 344-45, decisão de 08.10.1993. No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no *Habeas Corpus* n.º 103.425 de 26.06.2012, [em linha], acesso em 26.11.2018, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

Na hipótese da criação de grupos restritos, caso um policial venha ter acesso lícito a este grupo, o agente de polícia poderá também ter acesso as provas de forma lícita e a prova poderá ser valorada em tribunal.

3. Informações privadas

Embora as redes sociais sejam um meio de comunicação e interação entre os usuários participantes conectados, alguns utilizadores mantem suas informações vedadas a todos, estas são conhecidas como “As informações privadas” ou exclusivas. Neste domínio privado, inserem-se também as conversas e informações trocadas através de janelas confidenciais, comumente chamadas de *inbox*.

Nestas situações, caso haja intromissão por parte dos órgãos de polícia, sem anuência das partes ou sem a devida autorização judicial que respeite a razoabilidade, há uma flagrante violação da privacidade. Assim, o agente de polícia deixa de ser apenas um observador passivo, agente encoberto, quando entra em diálogo direto com o investigado sem revelar a sua verdadeira identidade, mesmo que a interação seja em ambiente público, podendo figurar como provocador, figura proibida por lei.

A busca de elementos probatórios que possam infringir a intimidade do internauta deve ser obrigatoriamente fundamentada por lei e, somente após uma análise dos requisitos de necessidade e adequação, juntamente com a proporcionalidade dos bens jurídicos em conflito poderá ser autorizada.

A posteriori em um capítulo específico (IV) vamos discorrer acerca da prova que tenha caráter íntimo, e analisar se o direito à privacidade é um direito intransponível, livre de qualquer invasão ou se este direito pode ser maleável em conflito com outros valores de igual ou superior valor.

III. A busca da verdade em processo penal e as proibições de prova como seu limite

1. A busca da verdade em processo penal.

Desde a necessidade de proteção dos inocentes pelo Estado no tempo medieval¹³⁷, o direito processual penal vem criando alicerces influenciado pelo Iluminismo¹³⁸ e liberalismo, desde meados do século XIX¹³⁹, até atingir a sua atual conjuntura contemporânea.

Nas primitivas sociedades descentralizadas, os conflitos jurídicos eram resolvidos pelo acordo voluntário ou pela força, enquanto a reparação do crime era feita através da autodefesa. Posteriormente, surgiu o sistema arbitral não gerido pelo Estado, mas por uma pessoa privada; em seguida, essa arbitragem passou a ser obrigatória proporcionada pelo Estado; mais tarde, a arbitragem passou a ser pública e obrigatória, principalmente nos casos em que punha em causa a existência do Estado, e, conseqüentemente, a posteriori em todos os casos. Pode-se dizer que aqui começou o “monopólio estadual da administração da justiça”. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, “Este monopólio estadual da função jurisdicional constitui hoje o alicerce inatacável de todas as sociedades”¹⁴⁰.

¹³⁷ Historicamente, a origem mais remota do processo penal, dar-se no baixo império romano. Lá os funcionários encarregados da investigação – “quaesitores”, “dirigiam a aplicação da tortura, cuja execução pertencia ao *tortor*, relativamente aos crimes de heresia, blasfêmia, adultério, etc. E, culmina nesta sua primeira fase na regulamentação do processo e dos tribunais do *Santo Ofício da Inquisição* (1229) (...). Dada a influência do direito da Igreja em Itália, generalizou-se aí esta concepção a partir do séc. XV, sendo por isso conhecida também – sobre tudo na Alemanha, onde recebeu consagração legislativa plena na *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) – pela designação de *processo canónico-italiano*. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 63; Segundo JORGE REIS NOVAIS, “na idade média só impropriamente se pode falar em Estado” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, reimp. 2014, p. 16; Conforme KAI AMBOS, O processo penal na Grécia representava o modelo acusatório puro, onde qualquer cidadão poderia apresentar acusação privada perante a autoridade oficial. O processo era regido pelo princípio da oficialidade, tendo como objetivo unicamente determinar a culpabilidade do acusado pela prática do crime utilizando meios de provas de caráter “não racional”, e não a busca da verdade material. “Portanto pode ser afirmado que no direito romano, por não haver propriamente uma instrução, não existia um processo inquisitivo naquele sentido inicialmente indicado.” Cf. KAI AMBOS, *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*, Kai Ambos/Marcellus Polastri Lima, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 10 e ss.

¹³⁸ Para uma análise do direito comparado a evolução da época contemporânea ver: GERALDO PRADO, *Sistema Acusatório, a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 90 e ss.

¹³⁹ Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 13.

¹⁴⁰ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 26.

O Processo Penal¹⁴¹ dantes era usado pelo interesse do estado absolutista, que não concedia ao interesse das pessoas, ou seja, era usado como instrumento de poder. O papel do juiz era de inquirir, acusar e julgar possuindo domínio discricionário de todo processo, traços típicos do processo inquisitório. Com a nova visão de Estado Liberal¹⁴² e limitado, oposta a anterior, o indivíduo começou a ser dotado de *direitos naturais*¹⁴³, originais e inalienáveis, passando a ser um sujeito processual munido de direitos processuais contra a intervenção estatal, sendo o centro da questão Estado-Indivíduo, passando o processo penal a proteger o indivíduo contra o poder do Estado. Desta dicotomia onde o estado quer punir criminosos e o indivíduo quer afastar qualquer medida que infrinja seus direitos e de sua liberdade, tem-se que ter um balanço que equipare as “armas”. Deste modo, segundo refere FIGUEIREDO DIAS, “o direito processual penal trona-se em uma *ordenação limitadora do poder do estado em favor do indivíduo acusado*, numa espécie de *Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão*. Pois o estado, protegendo o indivíduo protege-se a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício”¹⁴⁴. Ainda em FIGUEIREDO DIAS, seria por este motivo que “o indivíduo não pode se afastar do Estado nem ser abandonado por ele”¹⁴⁵. De toda evolução, ainda era uma estrutura de processo acusatório, que somente no iluminismo e após a Revolução Francesa com a introdução dos princípios da oralidade, publicidade e livre convicção probatória e da criação do Ministério Público¹⁴⁶ como órgão oficial de acusação, que observa-se a sobreposição completa do processo “inquisitório” para o “acusatório”.

¹⁴¹ O processo penal era controlado exclusivamente pelo interesse do Estado que não autoriza qualquer autonomia ao interesse pessoal. O arguido neste cenário era visto como “mero objeto” e não como sujeito processual. Assim, acreditava-se que diante da soberania do Estado, poderia diminuir brutalmente os direitos do suspeito frente a perseguição criminal dos órgãos estadual, afirmando-se uma total supremacia. Cf. Idem., p. 62.

¹⁴² “A caracterização liberal dos direitos fundamentais funda-se no referido pressuposto de uma desejada separação entre Estado e sociedade e no ideal de um Estado mínimo, abstencionista, e essencialmente respeitador da autonomia e livre iniciativa dos indivíduos” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 23. O autor ainda frisa que o único fim do Estado abstencionista é a garantia e proteção dos direitos e liberdades individuais. Cf. Idem., p. 22.

¹⁴³ Cf. CASTANHEIRAS NEVES, *Sumários de processo criminal*, op. cit., p. 25.

¹⁴⁴ Acrescenta ainda o mesmo autor, na comparação com o processo civil, “em que, para além da cisão indispensável entre a entidade investigadora (acusadora) e a julgadora tem-se sem limites os princípios do *dispositivo*, do *juiz passivo*, da *verdade formal*, da *auto responsabilidade probatória das partes* (com a consequente repetição do ônus da prova), enfim, da *presunção total de inocência do acusado* até a condenação” Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁵ Cf. *Ibidem*.

¹⁴⁶ “oralidad, publicidad, participación de los legos en la administración de justicia y la introducción del ministerio público – ésas fueron, en el ámbito del proceso penal, las exigencias reformistas decisivas del siglo XIX en oposición a la justicia de gabinete y a la manipulación arbitraria del poder penal”. Cf. CLAUS ROXIN, “Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público”, in: *El ministerio público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p.39, [em

Diante das crises ideológica e de valores que havia no modelo de Estado Liberal, surgiu um movimento comum, para superar a herança liberal, eclodindo assim o Estado Social e Democrático de Direito (*Estado-de-Direito social*)¹⁴⁷, caracterizado pelo pensamento de “limitação jurídica do poder e da preservação das garantias individuais legado pelo estado de direito liberal num quadro de profunda reavaliação dos fins do Estado e de reconstrução das relações entre Estado e a sociedade”. Aqui, a “justiça social e a prossecução da igualdade material – então já apenas da igualdade perante a lei – são elevadas a fins essenciais do estado, que assim se afirmam como Estado social”. Neste plano, a relação estado-pessoa individual não é nem a do absolutismo nem a do liberalismo¹⁴⁸. Neste momento, o Estado não aparece como “oficial autoritário”, nem como autoridade ordenadora da proteção da vontade individual, mas sim como “propulsionador de formas de vida comunitária que assegurem a livre realização da personalidade ética de cada um”¹⁴⁹.

O sistema penal português¹⁵⁰ tem seus antecedentes no legado filosófico do iluminismo e começou a florescer suas bases e afirmações no Estado de Direito¹⁵¹, ambos modelos influenciaram de forma concreta, para um *novo paradigma judiciário social*¹⁵². Na Constituição de 1976, a não ser no preâmbulo, não se falava em Estado de Direito:

linha], acesso em 07.09.2018, disponível em: <http://nparangaricutiro.gob.mx/Libros/33-%20El%20Ministerio%20P%C3%BAblico%20En%20El%20Proceso%20Penal%20-%20Maier.%20Juli.pdf>.

¹⁴⁷ Embora tenha a ideia *social* do Estado, não refletirá no entendimento do processo penal: “ela conduzirá a que o sistema acusatório seja agora integrado (não desfigurado) por um princípio que se à equívoco chamar “inquisitório”, mas que se poderá denominar “investigatório”, da “investigação”, ou “instrutório”, através do qual se pretende traduzir o poder-dever que ao *tribunal* pertence esclarecer e instruir automaticamente – i. é, independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o “facto” sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão. Com uma tal integração logra-se acentuar convenientemente o carácter indisponível do objeto e do conteúdo do processo penal, a sua intenção dirigida a verdade material, as limitações indispensáveis às liberdades do arguido que não ponham em causa a sua dignidade nem o seu direito de defesa; sem que tal tenha de obter-se à custa do total aproveitamento da atividade probatória das partes, da ideia-mestra da sua fundamental igualdade, da exigência salutar de que a verdade “material” seja também “processualmente válida”, da concessão às partes do mais dilatado âmbito de actuação do processo, enfim, do *reconhecimento da sua participação constitutiva na declaração do direito do caso.*” Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., pp. 71-72.

¹⁴⁸ Cf. Idem., p. 68.

¹⁴⁹ Cf. *Ibidem*.

¹⁵⁰ Entre nós, o direito romano e canônico desde sempre influenciou o processo penal português, quanto a uma perspectiva acusatória, pelo menos quando falamos da criminalidade mais grave, a fim de alcançar a certeza do delito e identificar o agente, bem como sua confissão. Cf. Idem., pp. 63-64.

¹⁵¹ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte/Maria Clara Calheiros/Fernando Conde Monteiro/Flávia Novera Loureiro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 526.

¹⁵² Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 993 e ss.

somente após a revisão de 1982 foi que se inseriu a fórmula “estado de direito democrático” no artigo 2.º e no art. 9.º/b¹⁵³.

No que concerne ao Código de Processo Penal, só com a alteração de 1987¹⁵⁴ que concretizou os princípios sinônimos da vertente social do Estado de Direito democrático¹⁵⁵, ficando conhecido como o “primeiro Código de Processo Penal da democracia portuguesa”¹⁵⁶, inspirado na “Constituição Processual Penal”¹⁵⁷.

Os movimentos revolucionários do 25 de abril levaram a criação de um Código processual Penal novo, adequado aos princípios do Estado de Direito material, influenciado principalmente pela Constituição de 1976¹⁵⁸, motivado pelo desejo de construir um código aberto aos ideais democráticos, sobretudo no que respeita à integridade física do arguido; um processo de estrutura acusatória¹⁵⁹, aberto a um princípio de investigação¹⁶⁰; construído com fundamento e limite na dignidade da pessoa humana; um sistema que reconheça a fragilidade do arguido face ao Estado e equipare as armas para compensar as garantias de defesa aquele; que deu ao arguido um estatuto de

¹⁵³ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 254.

¹⁵⁴ O Código de Processo Penal tinha por base um sistema antidemocrático e um sistema substancialmente inquisitório. Após uma reforma pelas mãos de CAVALEIRO DE FERREIRA (1945), alterou o paradigma antidemocrático vigente e o modelo de processo passou de base inquisitória para um misto de “formalmente acusatório e materialmente inquisitório” denominado pela doutrina de “acusatório formal”. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Por onde vai o processo penal português: por estradas ou por veredas? ”, in *As Conferências do Centro de Estudos Judiciários*, [coord.] António Pedro Barbas Homem, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 53-54.

¹⁵⁵ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, op. cit., p. 94.

¹⁵⁶ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Por onde vai o processo penal português: por estradas ou por veredas?...”, op. cit., p. 50.

¹⁵⁷ Cf. Idem., p. 55.

¹⁵⁸ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a estrutura fundamental que o processo penal deve assumir é uma “estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio de acusação”, esta estrutura defendida pelo autor mesmo antes da 25 de abril de 1974 foi concebida como a mais adequada à ideia do Estado de Direito material, de orientação social e democrática. E foi dela a base do sistema processual penal apontado pela Constituição de 1976. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in: *Ciclo de Conferências no Concelho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 198.

¹⁵⁹ “Consequência da derrota nazi-fascista na II Guerra mundial e da necessidade de dar ao nosso direito processual penal uma aparência liberal que não pusesse em risco o seu verdadeiro íntimo autoritário – correspondente à promulgação e vigência do Decreto-Lei n.º 35.007, de 13 de outubro de 1945. É o tempo em que a estrutura materialmente inquisitória do Código – com o mesmo juiz a proceder à instrução e ao julgamento do processo – é substituída por uma estrutura em princípio acusatória, que atribui ao ministério público a competência para dirigir a instrução preparatória. No fundo, porém persiste a crença nos méritos do sistema dito “misto” ou “inquisitório mitigado”, cf. Idem., p. 195.

¹⁶⁰ Dispõe no artigo 32.º, n.º 5 da Constituição Portuguesa que o processo penal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. Para FIGUEIREDO DIAS a estrutura fundamental que o novo processo deve assumir é de uma “Estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio de investigação”, cf. Idem., p. 198.

sujeito processual; que reconheça a área nuclear e inviolável da intimidade¹⁶¹ como barreira intransponível à intromissão; direito ao contraditório, ampla defesa, publicidade e da oralidade¹⁶². Portanto, foram essas bases que influenciaram o “novo paradigma”¹⁶³, em que potencializou os efeitos dos princípios da proporcionalidade das restrições dos direitos fundamentais, o princípio material de igualdade e o princípio da transparência no exercício do poder do Estado¹⁶⁴.

Para poder inserir tais anseios constitucionais no processo penal, o legislador atribuiu a direção de todo processo preparatório ao Ministério Público, oferecendo mais transparência ao poder judicial e dando um verdadeiro ar de imparcialidade ao juiz, que, por sua vez, controla a atuação do MP principalmente nas que contendam diretamente com direitos e liberdades do arguido, podendo proceder a atos de instrução em situações de emergência¹⁶⁵, ou seja, o juiz se transformou em um “verdadeiro bastião defensor do princípio constitucional da proporcionalidade”¹⁶⁶.

Vale salientar que o Tribunal no sistema português tem autonomia para adquirir os meios de prova que entender necessários à descoberta da verdade, observando-se, sempre, os limites legais exigidos pelas leis e pela Constituição. Segundo RUI PEREIRA, acertadamente, o legislador português escolheu adotar um processo acusatório “mitigado ou temperado” pelo princípio da investigação, ao processo acusatório puro incompatível com a tradição jurídica portuguesa¹⁶⁷.

A evolução por que vinham passando os países europeus continentais, sobretudo os de “democracia estabilizada” fundados sobre o pensamento de um Estado de Direito material, de orientação social e democrática, levava-se a crer que já haviam superado a

¹⁶¹ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, *op. cit.*, p. 524.

¹⁶² Cf. RUI PEREIRA, “A crise do processo penal”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25, Lisboa, (jan.-mar. de 2004), pp. 21-22.

¹⁶³ “O novo paradigma judiciário perspectiva a eficiência do sistema como condição básica de um exercício da força pública constitucionalmente limitado e proporcional. Uma perseguição criminal ineficiente nos meios de investigação que utiliza e no tempo que dura é desproporcional. Deste modo, a “funcionalidade do sistema de direito penal” ganha uma imprescindível dimensão constitucional e converte-se em um dos critérios orientadores da reforma penal.” Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, *op. cit.*, pp. 993 e ss.

¹⁶⁴ Cf. *Ibidem.*, *Idem.*, p. 993 e ss.

¹⁶⁵ Baseado na reforma do processo alemão na fase preparatória do processo, o legislador atribuiu o processo preparatório ao MP, conferindo ao juiz de instrução o papel restrito de “juiz de averiguação”. Cf. *Idem.*, p. 995.

¹⁶⁶ Cf. *Idem.*, p. 996. Houve também um reforço no processo preparatório quanto aos direitos de participação do arguido e seu defensor no processo preparatório conferida pelo estatuto do arguido.

¹⁶⁷ Cf. RUI PEREIRA, “A crise do processo penal...”, *op. cit.*, p. 19.

“crise” dos apelos a uma estrutura “mista”, “inquisitória mitigada” ou “inquisitória moderna” e consequente uma evolução ao aperfeiçoamento do processo penal dentro do Estado de Direito¹⁶⁸.

Contudo, a situação não foi pacífica como se esperava; pelo contrário, as reformas legislativas dos países envolvidos diretamente na evolução (Alemã, Italiana, Francesa, Portuguesa), fazem crer em uma “involução” do progresso democrático do processo penal. Na medida em que, segundo FIGUEIREDO DIAS, “se esta involução não for decididamente contrariada, não será aventuroso predizer que, para a justificar, em breve voltaram a ouvir vozes na doutrina a prevenirem dos perigos de uma exasperação das garantias pessoais no processo penal” e, continua o autor, “a lembrarem que elas têm de submeter ao interesse estadual no funcionamento eficiente e sem entraves daquele”¹⁶⁹.

Vários fatores e várias procedências influenciaram na evolução do paradigma, inclusive as de ordem contrária ao Estado de Direito, a exemplo do surgimento do terrorismo em algumas democracias europeias nos anos 60. Colocou-se assim a questão de saber se a estrutura acusatória do processo penal deve transacionar ou se deve continuar firme em seus objetos fundamentais^{170/171}.

COSTA ANDRADE afirma que este “paradigma” está em “crise”, sobretudo uma crise de eficácia do processo penal¹⁷², não só uma crise mas uma “profunda e duradoira crise, se calhar irreversível, crise do paradigma do processo penal até há pouco vigente e incontestado como se lhe assistisse a legitimação própria das coisas cosmogonizadas”¹⁷³. Pois, embora houvessem as garantias consolidadas, “subsistiam formas ocultas de investigação; elas carregavam consigo o lastro de opróbrio associado à memória da Inquisição”¹⁷⁴. O mesmo autor acrescenta que as novas soluções jurídico-positivas vão

¹⁶⁸ Cf. FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português...”, *op. cit.*, pp. 199-200.

¹⁶⁹ Cf. *Idem.*, pp. 201-202.

¹⁷⁰ Cf. *Ibidem*, *Idem.*, p. 202.

¹⁷¹ Dúvida se levanta por partes daqueles que acreditam que o processo penal serve primordialmente para a defesa do indivíduo perante o poder do Estado. Estes creem que o Estado não pode ceder à tentação de responder ao “terrorismo contra o Estado” com um “terrorismo do Estado”. Portanto pensam que o estado não pode perder a sua essência da ideologia do Estado de Direito que historicamente obtendo força na convicção de que em todas as situações, os direitos de cada pessoa devem ser defendidos e a sua liberdade salvaguardada. Cf. *Idem.*, p. 205.

¹⁷² Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, *op. cit.*, pp. 524 e ss.

¹⁷³ Cf. *Idem.*, p. 526.

¹⁷⁴ Cf. *Ibidem*, *Idem.*, pp. 526 e 527.

sempre no mesmo sentido: “afastando ou enfraquecendo de conceitos e princípios basilares do processo penal do Estado Liberal, se não mesmo a sua substituição por outros irreconciliavelmente antinômicos. Uma vez contando com a explícita positivação legal, a alargar exponencialmente o espectro de dispositivos que legitimam a compressão dos direitos fundamentais”. Ainda COSTA ANDRADE, citando BERNSMANN/JANSEN: “em relação aos meios de investigação oculta até aqui regulamentados, o legislador optou por envolvê-los na neblina de preceitos extremamente obscuros e inseguros; e a jurisprudência optou por tentar segui-lo com todas as forças em relação aos métodos ainda não regulamentados – *V.Mann, Hörfall*”¹⁷⁵. Finalizando no mesmo sentido, o autor afirma que as inovações legislativa, mesmo de diferentes conteúdos normativos e intencionalidade político-criminal, convergem todas no mesmo sentido final: “redução e neutralização de garantias de defesas; multiplicação, em número e em potencial de lesividade e devassa, dos meios institucionalizados de intromissão nos direitos fundamentais; deslocamento das linhas de equilíbrio normativo do lado da liberdade, da autonomia e da dignidade, para o lado da segurança; do lado da justiça e da “superioridade ética do Estado” (Eb.Schmidt), para o lado da eficácia e da *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*; do arguido para a ordem, a reafirmação da validade das normas e, aqui e ali, os interesses da vítima”¹⁷⁶.

É incontestável que não é fácil alcançar um sistema penal eficaz (funcionalidade e eficiência) sem alguma interferência nos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente nos últimos tempos quando vêm surgindo novos âmbitos problemáticos face a necessidade de proteção estadual reforçada frente a criminalidade mais grave e altamente organizada, gerando problemas em especial a respostas político-criminais frente a nova criminalidade e proteção das vítimas reais e potenciais.

FIGUEIREDO DIAS alerta que seria um erro não reconhecer que surgiriam *novos âmbitos problemáticos* descendentes dos grandes e novos riscos que ameaçam a humanidade. Conforme o autor, “esta circunferência tem feito aumentar o requisito em favor de uma “eficiência funcionalmente orientada” do processo penal; fatora, porém, por sua parte, de um estreitamento dificilmente admissível ou mesmo insuportável das

¹⁷⁵ Apud Idem., p. 528.

¹⁷⁶ Cf. *Ibidem.*; No mesmo sentido de “crise”, RUI PEREIRA, “A crise do processo penal”..., *op. cit.*, pp. 18-19, para o autor a crise é de identidade dos sujeitos.

margens de exercício de direitos e liberdades das pessoas”. Ainda, “É um truísmo afirmar a necessidade de equilíbrio da tensão entre a exigência, por parte, de manutenção do processo penal como um sistema de sólida garantia dos direitos fundamentais do cidadão; e, por outra parte de abertura ao tratamento eficiente de formas expansivas, massificadas altamente organizadas e definitivamente internacionalizadas de criminalidade agressiva”¹⁷⁷.

O Estado Democrático tem o dever de procura um equilíbrio¹⁷⁸ entre o interesse do Estado na perseguição penal e a tutela dos direitos fundamentais da comunidade e como fins “descobrir a verdade material, proteger os direitos individuais e restabelecer a paz jurídica”¹⁷⁹. Este equilíbrio, para FIGUEIREDO DIAS, deve ser dividido em: um para a criminalidade “geral” e outro para a nova criminalidade, neste as vítimas tem um “direito indeclinável a uma proteção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual. Com dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso. Logo, a que resulta do respeito pelo núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana que pertence também ao criminoso mais brutal e empedernido”¹⁸⁰.

Consoante JOÃO CONDE CORREIA, “a máxima proteção dos direitos fundamentais colocaria barreiras intransponíveis à descoberta da verdade e, conseqüentemente, à realização do direito e a busca da verdade a todo custo eliminaria os mais elementares direitos, conduzindo a uma mistificação da justiça”. Concluindo, o autor acerta: “o direito processual é assim um instrumento privilegiado de agressão aos direitos, liberdades e garantias individuais e, ao mesmo tempo, um meio indispensável para a sua proteção. A sua observância é, por isso mesmo, uma garantia fundamental, que confere segurança,

¹⁷⁷ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português...”, *op. cit.*, p. 809.

¹⁷⁸ “Como quer que se concebam os poderes do Estado e a articulação destes com a preservação da esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, e por melhor que se cumpram os esforços de uma política social preventiva e profilática, é seguro não poder o Estado demitir-se do seu dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer negligencia-lo, sob pena de minar os fundamentos em que assenta a sua legitimidade. Daquela função de proteção da ordem social (de proteção da vida comunitária do homem) advém por conseguinte ao Estado o *dever de administração e realização da justiça penal*.” Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁹ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 191.

¹⁸⁰ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português...”, *op. cit.*, pp. 812-813.

previsibilidade e certeza aos cidadãos. Daí a necessidade de a fomentar e de prever os efeitos da sua violação”¹⁸¹.

A justiça penal procura balancear os vetores da *funcionalidade* com o vetor da *garantia*, o aumento de um vetor significa a diminuição do outro, ou seja, o aumento da capacidade do direito penal em perseguir um criminoso e punir significa o sacrifício de algum direito fundamental do criminoso ou da própria coletividade. Em certos casos o Estado, enquanto Estado de Direito democrático, está proibido de condenar um criminoso, quando a única prova possa ser obtida através de meios inaceitáveis/inadmissíveis ou desproporcionais¹⁸², pode ele, em outros casos, ir em busca da verdade ultrapassando os limites da dignidade da pessoa humana.¹⁸³

Logo, não resta dúvida que o centro da questão está na ideia de uma solução entre “Funcionalidade v. Garantias”. Entretanto, fica o impasse quanto ao grau de valores dado a um dos lados conflitantes, devendo ter o cuidado de que um não anule o outro¹⁸⁴.

A via para a resposta que queremos referir parte justamente do reconhecimento e aceitação dessa tensão infundável entre a tutela dos interesses do arguido e a tutela dos interesses da sociedade representada pelo poder democrático do Estado, para poder-se encontrar uma fórmula adequada para conciliação dessa tensão.

Para FIGUEIREDO DIAS, a Fórmula dessa “composição” passa por dois vetores que não podem ser postos ao mesmo nível. O primeiro deriva diretamente do princípio próprio do Estado de Direito, da *dignidade do homem*, quanto à sua intocabilidade em que o poder estatal tem que respeitar e proteger. Portanto, quanto se esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa, máxime do arguido, e também da vítima, “nenhuma transação é

¹⁸¹ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, op. cit., p. 191.

¹⁸² “O Estado de Direito Democrático, assente na autonomia e dignidade da pessoa humana e no pluralismo, tem, forçosamente, de conviver com o fracasso e de reconhecer que no caminho da prossecução da justiça, há, por vezes, um dever de recuar face à prevalência de direitos fundamentais”. Cf. INÊS FERREIRA LEITE, “O novo regime das escutas telefónicas. Uma visão panorâmica da reforma de 2007”, In: *Direito da investigação criminal e da prova* (coord. Maria Fernanda Palma et al.), Coimbra: Almedina, 2014, p. 257.

¹⁸³ “O Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal. Também um unilateralismo sistemático no sentido da proteção do arguido ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos.” Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português...”, op. cit., p. 206.

¹⁸⁴ Cf. FERNANDO FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 64.

possível”, segundo autor, “a uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse, no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal”¹⁸⁵.

O segundo vetor que FIGUEIREDO DIAS menciona, se refere aos direitos individuais que não concorrem diretamente com os direitos e garantias da dignidade da pessoa humana. Aqui, poderá aceitar-se que tais interesses possam ser restritos quando confrontado com outros interesses, ou seja, já pode-se aceitar as provas no processo penal quando houver violação daquele direito. A dificuldade é saber exatamente o critério para determinar esse direito. Conforme FIGUEIREDO DIAS, tem-se de ordenar “reciprocamente relações da vida protegida através da concessão de concretos direitos da liberdade, e de conjuga-las com outras relações também juridicamente protegidas por essenciais a vida comunitária; e de conjugar em termos de criação e conservação de uma ordem da qual umas e outras ganhem realidade e consistência”¹⁸⁶, mas somente na prática que esses conflitos de valores iria se resolver a questão, devendo observar estritamente o limite ao princípios da necessidade e proporcionalidade, bem como verificar se não houve invasão ao conteúdo essencial e inviolável dos direitos fundamentais¹⁸⁷.

Então, os cidadãos precisarão fazer uma renúncia¹⁸⁸ para que o Estado possa utilizar de meios de obtenção de prova mais gravosos e intrusivos na perseguição dos criminosos, principalmente perante uma criminalidade também mais severa. Uma privação que causa tenção na população já que cada vez mais os criminosos aumentam em sequência gradativa a barbárie, que, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, são “os terroristas primeiro,

¹⁸⁵ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para Uma Reforma Global Do Processo Penal Português...”, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁸⁶ Cf. Idem., p. 209.

¹⁸⁷ “Tal não significa, porém, reverter a uma estrutura processual mista ou inquisitória mitigada, que obriga o interesse individual a ceder sempre, em último termo, perante o interesse comunitário. É esta, na verdade, uma solução inadmissível nos quadros de pensamento do Estado de Direito, por esquecer que no interesse do arguido estão muitas vezes em causa direitos humanos fundamentais e que é à sua realização, ao nível de cada pessoa, que se reconduz ao fim e a razão do Estado, mesmo quando, - eu diria: sobretudo quando - ele se reivindica de um étimo social ou mesmo socialista. A fórmula de “composição” que tenho em mente e passa pela acentuação de dois vetores que não podem ser postos ao mesmo nível.” Cf. Idem., p. 206.

¹⁸⁸ “Parte da nova política de controlo é também a insistência política na vontade, interesse próprio e acordo dos cidadãos num alargamento da vigilância das telecomunicações repressiva e preventiva fundado. A exigência de livre vontade refere-se a uma ideologia comunitária de obrigação de participação dos cidadãos e da sociedade civil na criação de segurança. Simultaneamente à exigência de participação no controlo.” Cf. HANS-JÖRG ALBRECHT, “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in: *Que Futuro Para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 729.

os criminosos especialmente perigosos e brutais depois, em seguida sabe lá quem mais...” aos quais “é retirada pura e simplesmente a proteção do Direito e são degradados à condição inumana de “inimigos” ou de “excluídos”¹⁸⁹, podendo levar a abrangência também à população “comum” distinta dos “delinquentes”. Um sacrifício que prejudica também o bem-estar, como salienta HANS-JÖRG ALBRECHT, “porque a auto-determinação é uma condição funcional elementar de uma actuação e participação dos seus cidadãos numa sociedade fundada na liberdade e na democracia.”¹⁹⁰.

2. As proibições de prova como limite à busca da verdade em processo penal

a) A Constituição processual penal e o processo penal

A Constituição da República Portuguesa preconiza, no artigo 32.º, as garantias de processo criminal, que segundo J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, neste artigo se concentram “os mais importantes princípios materiais do processo criminal – a *“Constituição Processual Criminal”*. Em termos práticos, segundo o mesmo autor, “isso traduz-se no alargamento do *direito constitucional processual penal*”¹⁹¹.

No número 8.º¹⁹² do referido artigo constitucional penal, consagra-se o princípio das proibições de prova¹⁹³, referenciando os limites¹⁹⁴ de admissibilidade da prova em processo penal decorrentes da tutela da *dignidade humana*. Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “a *Proibição de obtenção de prova para o processo criminal por meios*

¹⁸⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *O processo penal português... op. cit.*, p. 813.

¹⁹⁰ Cf. HANS-JÖRG ALBRECHT, “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, *op. cit.*, p. 728.

¹⁹¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada* - 2ª ed. rev. Ampliada, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 214; Segundo JORGE MIRANDA, A Constituição quem define as estruturas do Estado, as relações entre os cidadãos e os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas, assim “O direito processual penal é direito constitucional aplicado” JORGE MIRANDA /RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., revista actualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 709.

¹⁹² Na numeração inicial, correspondia ao n.º 6.º do art. 32.º da CRP.

¹⁹³ Também consagrado nos textos do direito internacional nos termos do art. 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; no Art. 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no Art. 7.º do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos.

¹⁹⁴ O interesse processual penal encontra limites insuperáveis na dignidade humana (art. 1º da CRP) e nos princípios fundamentais do Estado democrático de Direito (art. 2º da CRP), cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, p. 524.

proibidos resulta diretamente dos preceitos constitucionais e das leis que os explicitam e a sua violação constitui crime”¹⁹⁵.

Em um Estado Democrático de Direito não pode valer de atos que ofendam direitos fundamentais básicos, nem mesmo para eficiência do funcionamento da justiça criminal. Neste sentido, continuamos com os ensinamentos de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS no entender que “*a eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente pelo engenho e arte, nunca pela força bruta ou pelo artifício da mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa.*”¹⁹⁶. Daí que surgem a nulidade das provas obtidas sob tortura ou coação, com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada, da inviolabilidade de domicílio e da correspondência ou das telecomunicações, não podendo tais elementos ser valorados no processo¹⁹⁷.

O legislador constitucional regulou de forma expressa a intransigência absoluta, no que respeita a impossibilidade de utilização da prova obtida em desrespeito a integridade pessoal (Cf. art. 25.º da CRP) e de forma “relativa” quanto àqueles direitos, não menos fundamentais, à intromissão na vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações¹⁹⁸. A restrição, nesse último caso, só pode haver nos casos expressamente previsto na Lei (cf. art. 18 da CRP). Ademais, tem ainda que ser adequada aos fins que se pretende atingir, não podendo ultrapassar os limites e só podendo ser admissível quando não houver outro meio menos oneroso na obtenção da prova, tendo ainda, de obedecer ao princípio da proporcionalidade (proibição do excesso art.º 18º, n.º 2 da CRP) e por fim não pode de qualquer forma afetar o direito da dignidade da pessoa humana¹⁹⁹ (cf. art.º 18º, n.º 3 da CRP).

¹⁹⁵ Cf. JORGE MIRANDA /RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 361-362.

¹⁹⁶ Cf. *Ibidem*.

¹⁹⁷ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 524.

¹⁹⁸ “A interdição é absoluta no caso do direito a integridade pessoal (Ac.TC nº 616/98) e relativa nos demais casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (ar. 34.º, n.º 2 e 4º), quando desnecessário ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cfr. Art. 18.º n.º 2 e 3º), Cf. *Ibidem*.

¹⁹⁹ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Contributo para análise da inexistência e das nulidades processuais penais”, *op. cit.*, p. 157, citação. 358.

A privacidade é considerada uma condição essencial a formação do ser humano e ao seu desenvolvimento, sendo inerentemente ligada a dignidade humana²⁰⁰. O Direito à reserva da intimidade e vida privada está concebido no Capítulo I, Título II, Direitos liberdades e garantias pessoais²⁰¹, sendo assegurado no artigo 26.º n.º 1 que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, e, no número 2.º, “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”²⁰².

Em consequência ao direito da privacidade, tem-se a proteção a outros direitos fundamentais como inviolabilidade do domicílio e correspondência e a auto determinação informacional, a Constituição admite no artigo 34.º, uma ingerência nos direitos pessoais, permitindo a entrada no domicílio sem o consentimento, desde que “ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei”, e ainda, admite a ingerência das autoridades públicas na correspondência nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, somente nos casos previstos na lei.

b) Proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova

O termo “proibição de prova” (*Beweisverbote*)²⁰³ abarca tanto as “proibições de produção de prova” (*beweiserhebungsverbote*) e “proibição de valoração” de prova

²⁰⁰ “A privacidade está relacionada ao que é próprio de cada indivíduo, vivido por ele mesmo, ou junto com sua família e os seus amigos, mesmo que por vezes o indivíduo tenha necessidade de determinadas restrições para viver sua esfera privada. Por isso a privacidade, não se limita ao espaço físico da residência familiar, a privacidade existe também nos ambientes externos, tais como igrejas, locais de trabalho, espaços de lazer, associações políticas ou até mesmo ruas e praças, ou seja, a vida privada pode desenrolar-se em um local público desde que o facto tenha natureza privada (...) a privacidade é todo o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar, decidindo a quem comunicar, quando como, e onde...” VITOR CORREIA, “Sobre o direito à privacidade”, in: AA.VV. *O direito (Dir. Jorge Miranda)*, Ano 146.º, Lisboa: Almedina, 2014, pp. 12-13.

²⁰¹ Na esfera internacional está garantida no artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e em termos infraconstitucionais, previsto no Código Penal, “dos crimes contra a reserva da vida privada” (capítulo VII, do livro II) e no Código Civil no artigo 80.º

²⁰² Cf. Constituição Portuguesa, [em linha], [acesso em 5.07.2018], disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

²⁰³ Termo criado por BELING, mencionando através deste termo que o existia limitações à descoberta da verdade material no processo penal, na qual o Estado deveria respeitar a esfera da personalidade dos cidadãos, por outro lado preservar também outros interesses públicos, ou seja haveria limites na investigação operada no processo penal, em face

(*Beweisverwertungsverbote*). Os primeiros subdividem-se em três espécies: (i) Os temas de provas proibidos – certos fatos não podem ser objetos de prova²⁰⁴, (ii) Os meios de provas proibidos – proíbem a utilização de certos meios de prova²⁰⁵ e (iii) Os métodos de prova proibidos – Alguns métodos de investigação não podem ser utilizados²⁰⁶. São, portanto, a limitação do modo de obtenção de prova; já os segundos, a proibição de valoração, proíbe a utilização de certos meios de prova já obtida, como fundamento da decisão pelo magistrado, em desfavor do arguido²⁰⁷. Quanto a abordagem, pode analisar quanto à *invalidade do ato processual* como consequência da valoração indevida das provas; as *garantias de defesa* propenso a tornar ineficaz o ato processual inválido e o *efeito-a-distância* das próprias proibições de valoração²⁰⁸.

A doutrina alemã²⁰⁹ separa a proibição de produção e proibição de valoração de prova²¹⁰, admitindo que a ofensa a uma proibição de produção de prova é ilegal, mas não implica necessariamente uma proibição de valoração, ou seja, nem sempre a imprudência de observação das regras de produção de prova deverá importar em uma proibição de valoração daquela prova. Por outro lado, faz ainda uma distinção entre valoração de prova dependente (*selbständige Beweisverwertungsverbote*) ou independente (*unselbständige*

dos interesses coletivos e individuais. Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 177; MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades...*, op. cit., p. 312.; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, 2.^a ed., vol. II, Lisboa: Editora Verbo, 1999, p. 119; KAI AMBOS, *O processo acusatório e a vedação probatória...*, op. cit., p. 81; contrário a BELING o BGH (BGHSt 14, 385, 465) entendeu que não há nenhum princípio no ordenamento processual penal que imponha a investigação da verdade a qualquer preço. Cf. KARL HEINZ GÖSSEL, “La búsqueda de la verdad en proceso penal. Aspectos jurídico-constitucional y político-criminales”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 45, Madrid: Edersa, 1991, p. 645.

²⁰⁴ Há certos fatos (por exemplo: segredo de Estado, art. 137.º e 182.º do CPP), que não devem ser investigados.

²⁰⁵ São admissíveis todos os meios de provas que não forem proibidos por lei, conforme artigo 125.º.

²⁰⁶ Cf.. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, op. cit., p.179 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, op. cit., p. 119.

²⁰⁷ Segundo PAULO DE SOUSA MENDES estas provas devem ser desentranhadas dos autos, já que, perdeu a utilidade, caso continuem podem servir par fundamento das entidades decisória, “algo que verdadeiramente não deviam conhecer” Cf. *Lições de direito processual penal...* op. cit., p. 182.

²⁰⁸ Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “As Proibições de prova no processo penal”, Separata da obra “Jornada de direito processual penal e direitos fundamentais, Almedina: Coimbra, 2004, p. 134; MARIA FERNANDA PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal (Soluções para o conflito de valores na jurisprudência constitucional)”, in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 659, “O direito processual penal português distingue os meios de obtenção de prova dos meios de prova (art.171.º e ss e art. 126.º e ss do CPP, na medida em que os primeiros são as atividades, métodos ou caminhos de alcançar a prova e os segundos constituem o substrato dos juízos indiciário ou definitivo sobre o objeto do processo (na primeira hipótese, sobre a aplicação de medidas de coação, acusação ou a pronúncia, na segunda hipótese, sobre a inocência ou culpabilidade do arguido)”.

²⁰⁹ Não somente a doutrina, mas também, principalmente, os tribunais alemães (Tribunal Constitucional e o *bundesgerichtshof*) tem se ocupado com a problemática em geral das proibições de prova, bem como a doutrina alemã, que “foram acumulando um acervo já inabalável de investigações voltadas às proibições de prova”, Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de prova em processo penal*, op. cit., p. 20.

²¹⁰ Para uma análise da evolução da proibição de prova ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 452-463.

Berwisverwertungsverbote). Estas, de forma independente²¹¹, conhecidas como “conhecimento fortuitos”, baseiam-se em uma infração objetiva e direta das normas constitucionais, seu reconhecimento “é uma consequência adicional da diferenciação originária entre a proibição da produção de prova e sua utilização”²¹², ou seja, certas provas mesmo que não haja vício na produção, não podem ser valoradas²¹³. Já as primeiras, traduzem a consequência de desobediência a uma proibição de produção de prova²¹⁴.

É nessa distinção e nesse confronto entre a proibição de produção e a proibição de valoração que a dogmática das proibições de prova encontram o horizonte normativo para superar a problemática das proibições de prova²¹⁵. Sobretudo, “na identificação e autonomização da proibição de valoração e na definição do seu regime, continuará a polarizar o discurso e a experiência das proibições de prova”²¹⁶.

No mesmo passo, assente na autonomização da proibição de valoração de prova como paradigma de confronto de valores, MATA-MOUROS assenta que “é neste ponto que a dogmática das proibições de prova se liberta de uma dimensão exclusivamente

²¹¹ “Isto é, independentes de violação de uma regra de prova o que configura uma autonomização de proibição de valoração de prova” Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades...*, op. cit., p. 323.

²¹² Cf. KAI AMBOS, *O processo acusatório e a vedação probatória...*, op. cit., p. 87.

²¹³ Por exemplo os conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefônicas que não satisfaça os requisitos do artigo 187.º, n.º 7 e 188.º, n.ºs 1, 3 e 4, do CPP, só podendo ser valorados se por sorte estiverem no catalogo dos crimes do art. 187.º, n.º 7 “caso contrário, trata-se de uma proibição de valoração que não depende de qualquer vício na anterior produção”. Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, op. cit., p. 184.

²¹⁴ O processo penal Alemão e o Americano mostram-se como dois modelos contrapostos e comumente enunciados pela doutrina em matéria de proibição de prova. Tanto as *exclusionary rules* quanto as *Beweisverbote* alemã buscam prevenir o recurso a meios de provas contrários às garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas. Na América desde a *Magna Charta* vem-se privilegiando uma dimensão processual como garantia de tutela. Naquela realidade os direitos fundamentais, somente em segundo momento começaram a ter relevância como garantias contra as intervenções abusivas dos órgãos de perseguição criminal. Já na Alemanha (regime do *Beweisverbote*), diferentemente, prioriza a vertente subjetiva e somente de forma indireta e complementar que a vertente processual intervém. O Processo Penal americano é desenvolvido sobre uma ótica acusatória (acusatório puro), sob o domínio da acusação e da defesa, as partes quem tem a responsabilidade de investigar e reunir os meios de prova necessário a decisão da causa sob a passividade e neutralidade do juiz, atuando como um mero árbitro, sem autonomia probatória, que fiscaliza apenas o normal funcionamento do debate entre acusação e defesa. Já o Processo Penal Alemão, o juiz detém o controle do processo, também acusatório, mas sob amparo do princípio de investigação, e assume a responsabilidade pela investigação das provas, para que possa sustentar a condenação ou absolvição de um arguido. Para uma melhor compreensão do modelo americano e alemão na proibição de prova ver MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, op. cit., p. 133 e ss.

²¹⁵ Cf. ROGAL apud COSTA ANDRADE “é aqui que residem os problemas específicos de todas as proibições de prova”, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, op. cit., p. 90.

²¹⁶ Cf. *Ibidem.*, idem., pp. 90-91.

processual, para se abrir também à dimensão substantiva de proteção dos direitos vulnerado pelos meios de prova”²¹⁷.

No que respeita a concretização do regime concebido constitucionalmente, quanto ao campo da proibição de prova, o legislador introduziu no artigo 126.º do CPP de 1987 os *métodos proibidos de prova*, no qual no n.º 1 “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação, ou, em geral, ofensa a integridade física ou moral das pessoas”. Proclama, ainda, as proibições absolutas, ampliada pelo n.º 2 “São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas(...)”, e relativizado, podendo ser admissíveis, no n.º 3 “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”, como proibições de prova admissíveis obtidas com intromissão na vida privada, privacidade, desde que consentida²¹⁸, ou quando tal intromissão seja autorizada e executada nos termos da Lei²¹⁹.

Portanto, a nulidade da prova que infrinja direito a integridade física e moral, conforme art. 126, n.ºs 1 e 2 do CPP, é insanável; já a nulidade da prova proibida que

²¹⁷ Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juíz das liberdades...*, op. cit., p. 324.

²¹⁸ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal...*, op. cit., pp. 335-336. “A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *Ex ante* ou *Ex post facto*. Se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com consequência da sanção da nulidade da prova proibida. Em síntese, o artigo 126.º n.º 1 e 2 prevê nulidades de prova e o n.º 3 prevê nulidades relativas de prova”; também neste sentido, PAULO DA MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, op. cit., p. 205.

O autor critica a posição que sustenta um entendimento “em sentido forte” da proibição de prova como nulidade absoluta quer no caso do artigo 126.º n.º 1 que no n.º 3 ou seja, como proibição absoluta da sua utilização no processo. (Neste sentido PAULO DE SOUSA MENDES, *As proibições de prova no processo penal*, In: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais* (org. faculdade de direito da Universidade de Lisboa e concelho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Com colaboração do Goethe institut e coord. Científica de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, p. 148; MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, op. cit., pp. 190-191; MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, op. cit., pp. 88-90).

Fundamenta, portanto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que “Este entendimento não é suportado pelo próprio artigo 34.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, que estabelece o princípio da relevância da vontade do visado pela busca e do qual decorre o princípio da relevância da vontade do visado pelas intromissões nos direitos da privacidade. (Nesse sentido J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., pp. 524-541; SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agente provocateur...”, op. cit., p. 1213.) Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do código de processo penal*, op. cit., p. 336.

²¹⁹ A nulidade das provas obtidas obedece a um regime próprio da nulidade insanável e da nulidade sanável, “trata-se de um regime complexo que distingue dois tipos de proibição de prova consoante atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana” Cf. JOSÉ SANTOS CABRAL *et al.*, “anotações ao artigo 126.º - Métodos Proibidos de prova”, in AA.VV. *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 442.

atinge os direitos a privacidade previstos no artigo 126.º, n.º 3 do CPP “é sanável pelo consentimento do titular do direito”²²⁰. Resumindo, a proibição de prova é absoluta quando viole direito à integridade da pessoa e relativa nos demais casos, devendo ter-se como abusiva a invasão ao direito quando realizada fora dos casos previstos na Lei e sem a autorização judicial (art. 34.º, n.ºs 2 e 4)²²¹, quando desnecessária, desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (art. 18.º n.ºs 2 e 3)²²².

O entendimento das bases constitucionais da autonomização das proibições de prova é fundamental para distinguir as provas proibidas e as provas que foram obtidas sem pressupostos legais. A violação dos preceitos constitucionais elencados nos artigos 24.º, 25.º, 26.º e 34.º da Constituição Portuguesa, quanto à proibição obtenção de provas para o processo criminal, constituem crime. Contudo, Para JORGE MIRANDA, “O que há de novo no n.º 8 (do art. 32º) não é a proibição do uso de meios proibidos na obtenção dos elementos de prova mas essencialmente a utilização das provas obtidas por tais meios”. E ainda, “Essas provas é que são nulas, nulidade que deve ser considerada em sentido forte, ou seja, com proibição absoluta da sua utilização no processo”, por fim, “seria intolerável que para realizar a justiça no caso fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela CR e incriminados pela lei ”²²³.

Entre nós, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que há uma distinção quanto à proibição de prova, tratando de uma visão ético normativo da questão. O Tribunal considerou que existe uma relativização das provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou telecomunicações e nas provas obtidas mediante tortura. Neste caso, a prova que seja recolhida mediante tortura, ofensa à

²²⁰ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do Código de Processo Penal...*, *op. cit.*, p. 335; MARIA FERNANDA PALMA afirma que os artigos 126.º, n.ºs 1 e 2 configuram uma proibição absoluta de métodos de prova, relativamente a proibição constante no n.º 3, a qual apenas se impõe no caso do consentimento. Cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...”, *op. cit.*, p. 660.

²²¹ A Constituição garante a inviolabilidade do domicílio e da correspondência no artigo 34.º. No n.º 2 admite a entrada no domicílio sem consentimento desde que “ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e formas previstos na lei”. Hoje, admite-se a entrada no domicílio sem consentimento, durante a noite, nos casos de flagrante delito, após a revisão constitucional de 2001, e ainda nos casos de criminalidade violenta ou altamente organizada (n.º 3); no n.º 4 admite a “ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”, nos casos previsto na lei.

²²² Cf. JOSÉ SANTOS CABRAL et al, “anotações ao artigo 126.º - Métodos Proibidos de prova”, *op. cit.*, p. 442; J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, Coimbra : Coimbra Editora 1984, p. 218 e dos mesmos autores, *Constituição da República portuguesa : anotada . - 4ª ed. rev.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007-2010, p. 524; ainda nesse sentido Ac. Supremo Tribunal de Justiça 886/07.8PSLSB.L1.S1 disponível em: <https://www.stj.pt>.

²²³ Cf. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, *op. cit.*, pp .361-362.

integridade física ou moral das pessoas a proibição é absoluta e impassível de qualquer concessão²²⁴. Já no segundo, obtenção da prova mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou telecomunicações, há uma razoabilidade, portanto, admissível quanto numa lógica de proporcionalidade e diante dos interesses do Estado em busca da justiça penal²²⁵.

As proibições de prova “representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que tem em si subjacente o fim da tutela de um direito”²²⁶. Nestes termos, COSTA ANDRADE afirma que, no direito alemão, as proibições de prova constituem “meios processuais de imposição do direito material” que pretendem “prevenir determinadas manifestações de danosidade social, garantindo-se a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais”²²⁷.

Sustentando a tese da proximidade entre o direito português e o alemão²²⁸, COSTA ANDRADE crava: “mais do que garantias processuais face a agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova emergem como direitos fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos. E por isso, como referências e fundamentos autónomos duma tutela que transcende o horizonte do processo penal”²²⁹. Assim, na prática, as proibições de prova assumem um ofício dos direitos fundamentais²³⁰ que os cidadãos utilizam para se proteger contra as intromissões não autorizadas ou abusivas aos seus direitos²³¹.

²²⁴ Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE salienta ainda que, “em nenhuma circunstância é admissível a utilização da prova violada da integridade física e moral do agente, mesmo que se trate apenas de uma prova concorrente dos factos”. Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentários do código de processo penal*, op. cit., p. 336.

²²⁵ Neste sentido J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, 1984, op. cit., p. 524; Ac. Supremo Tribunal de Justiça 886/07.8PSLSB.L1.S1.

²²⁶ Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, op. cit., p. 291.

²²⁷ Como entre nós tem sustentado COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, op. cit., p. 140.

²²⁸ “A este propósito cremos ser possível avançar, desde já, um primeiro passo: a afirmação da proximidade – não será mesmo arriscado, a sobreposição substancial – entre o direito português e alemão. O que bem se compreenderá, dada a consabida comunicabilidade geral entre a ordem jurídica portuguesa e alemã, reconduzível já à pertinente comum ao mesmo sistema continental já à não menos determinante permeabilidade entre a doutrina dos dois países. Sendo para além disso conhecida a influência marcante que as grandes construções dogmáticas do pensamento jurídico germânico acabaram por ter textos legislativos como a Constituição da República Portuguesa e o Código de Processo Penal onde, no essencial, se encontra vertido o direito positivo português das proibições de prova”. Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, op. cit., p. 188.

²²⁹ Cf. *Ibidem*.

²³⁰ Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, op. cit., p. 291.

²³¹ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, Vol. II, op. cit., p. 116.

Nesta linha de soluções materiais germânica, certa doutrina portuguesa entende que as proibições de prova não são apenas “meros instrumentos de tutela de direitos individuais”²³², mas, também, “interesses de carácter supra-individual, representado pelo Estado e pela comunidade, que ultrapassam a esfera jurídica do arguido, e que, enquanto valores do Estado de Direito, consubstanciam barreiras à busca da verdade”²³³.

²³² Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *op. cit.*, p. 33; no mesmo sentido, na doutrina alemã, GÖSSEL afirma que “as proibições de provas não são apenas meros problemas jurídicos processuais penais, mas antes constituem uma questão que respondem a compreensão geral das relações Estado e o Cidadão”, Cf. KARL HEINZ GÖSSEL, “La búsqueda de la verdad en proceso penal...”, *op. cit.*, p. 645.

²³³ Cf. HELENA MORÃO, “O efeito-a-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminal*, Ano 16, n.º 4, (outubro-Dezembro de 2006), p. 586.

IV. Tutela da vida privada e processo penal: há um núcleo inatingível da privacidade?

1. Teoria dos círculos de proteção de Heinrich Hubermann

A origem da teoria dos círculos de proteção (*Schutzkreise Theorie*) foi desenvolvida por HEINRICH HUBMANN em 1953²³⁴. Para o autor, a dignidade humana é configurada “como elemento indicativo da posição predominante de todo e qualquer homem no Universo, particularmente face aos outros animais, decorrente da comum estrutura espiritual presente em todos os homens” e que “habilita cada um deles a realizar uma sua particularmente dada tarefa de criar cultura, de realizar os seus valores éticos e de se construir a si mesmo”²³⁵. Já a individualidade seria “a indivisível unidade e totalidade de cada indivíduo humano, fechada em si mesmo e com um carácter próprio, que em parte é entregue a cada indivíduo humano pela Natureza, (...) e noutra parte é adquirido por cada homem através do auto-desenvolvimento e auto-educação e que se manifesta num concreto modo próprio de ser e numa assumida estrutura própria de valores”²³⁶. Por fim, dando ainda uma definição de “homem”, HUBERMANN, apresenta o outro elemento: a *personalidade*, que, segundo, ele é “a sua relacionabilidade enquanto pessoa, ou melhor, é a sua qualidade de indivíduo humano em relacionamento com os outros homens, com um mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia”²³⁷.

Entretanto, não satisfeito com o alcance das definições, decidiu por dividir os valores da personalidade em outros três grandes grupos. O primeiro, o *desenvolvimento da personalidade*, no qual estaria inserido a “liberdade de ação em geral, a liberdade corporal de movimentação, a atividade vocacional da força de trabalho, a atividade vocacional cultural, liberdade de expressão, do pensamento, a atividade religiosa (...)”²³⁸; no segundo grupo HUBERMANN inseriu “a tutela da existência (vida, corpos, saúde...), o espírito, a vontade, a vida sentimental, o restante da vida anímica, relações pessoais com coisas, (...)”

²³⁴ Cf. ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais...*, op. cit., p. 447.

²³⁵ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 144.

²³⁶ Cf. *Ibidem*.

²³⁷ Cf. *Ibidem*.

²³⁸ Cf. *Idem*, p. 147.

”²³⁹; por fim, em uma terceira zona estaria inserido tudo que diz respeito à *individualidade do homem*, ou seja, à sua própria “imagem humana ideal nele traçada” e à sua “modelação por auto-desenvolvimento e auto-educação”. Aqui, o autor ainda distingue em mais três subespécies de esferas: a individual, a privada e a secreta²⁴⁰.

2. Teoria das três esferas

O espaço privado íntimo foi primeiramente delineado pela civilização grega²⁴¹, que dividia o homem no âmbito social em duas esferas: a pública e a privada. Já o precedente mais remoto para com relação ao direito à privacidade é de uma sentença Francesa de 1384 (a primeira do caso *de S. et uxor v. De S*)²⁴².

Embora haja relatos dos primórdios da introdução da intimidade da vida privada²⁴³, antes do século XIX²⁴⁴, o grande marco doutrinário se deu nos Estados Unidos da

²³⁹ Cf. Idem., p. 148.

²⁴⁰ “A individual tutelaria o homem na sua unicidade e no seu modo de ser próprio, nomeadamente quanto à identidade, ao nome, à honra, à imagem física, a imagem de vida, à imagem do carácter e a palavra falada e escrita. A esfera privada salvaguardaria o homem diante do mundo naquelas circunstâncias, v.g. da sua vida privada, que, embora possam ser conhecidas de um círculo determinado ou limitado de pessoas, o indivíduo pode subtrair da tomada de conhecimento de um círculo mais amplo e, sobretudo, da ampla publicidade. Por sua vez, a *esfera secreta* abarcaria acções expressões e pensamentos de que ninguém deve tomar conhecimento a não ser quando muito um círculo mais limitado de parentes, e relativamente aos quais persiste um interesse de guarda de segredo. Cf. *Ibidem.*, p. 148.

²⁴¹ O termo privacidade está intimamente ligado ao termo *privado*, que advém do termo *privatus*, que significa *separado de*. Desde a antiguidade clássica Aristóteles já entendia a necessidade de distinguir a *esfera privada* (oikos), da *esfera pública* (polis). A esfera privada era relacionada a família, questões económicas, e biológicas, e a esfera pública dizia respeito a liberdade política dos cidadãos. Com o passar do tempo a privacidade passou a referir ao que é pessoal, e consequentemente a esfera protegida que os indivíduos podem agir dentro de um caminho que é independente das decisões e das influências da esfera pública ou do Estado. Cf. VITOR CORREIA, “Sobre o direito à privacidade”, in: AA.VV. *O direito (Dir. Jorge Miranda)*, Ano 146.º, Lisboa: Almedina, 2014.

²⁴² Cf. RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil”, In: *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: FDL, 1989, pp. 373-406, p. 383.

²⁴³ A designação dada a proteção da vida privada difere de país para país, contudo o sentido permanece o mesmo. Em Portugal se refere ao *Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada*, no Brasil utiliza-se o termo *Direito à Privacidade*, termo anglicista derivado de *privacy*. Já na Alemanha, a expressão utilizada é *Privatsphäre* e nos E.U.A refere-se a *Right of Privacy*. No Direito francês, classifica-se como *Droit à la Vie Privée*, enquanto os espanhóis se referem ao *Derecho a la Esfera Secreta* e os italianos o designam como *Diritto allá Riservatizza*. Cf. INÊS MOREIRA SANTOS, *Direito fundamental à privacidade vs. persecução criminal – A problemática das escutas telefônicas*, “Tratado luso-brasileiro da dignidade humana”. 2.ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p. 106; LUCAS DE ALMENDRA FREITAS PIRES, *Direito à privacidade no âmbito da sociedade da informação: reflexões em torno da questão nos inícios do século XXI* - Portugal 2014, p. 29, [em linha], [acesso em 22.08.2018], disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34844/1/Direito%20a%20privacidade%20no%20ambito%20da%20sociedade%20da%20informacao%20reflexoes%20em%20torno%20da%20questao%20nos%20inicios%20do%20seculo%20XXI.pdf>; Ac. Supremo Tribunal de Justiça n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1. [em linha], [acesso em 25.08.2018], disponível em: <https://www.stj.pt>.

²⁴⁴ Alguma doutrina reconhece que a proteção da vida privada foi pela primeira vez admitida *judicialmente*, em França, *durante o século XIX*, no caso *affaire Rachel (Felix c. O’Connell)*. Caso da celebridade do teatro francês, que pediu para ser fotografada em seu leito de morte, e pedido aos fotógrafos que não reproduzissem tais fotos. Contudo, os

América²⁴⁵, em 1890, na revista “Harvard Law Review”, o artigo escrito por SAMUEL WARRENT e LOUIS BRANDEIS intitulado “*The right to privacy*”²⁴⁶, defendia que a *common law* teria evoluído da proteção da personalidade física para a tutela dos “pensamentos, emoções e sensações” do indivíduo²⁴⁷. Contudo, somente em 1902, em *Roberson v. Rochester Flooding Box Co.*, que surgiu a ideia de utilização não consentida preservação da imagem ou nome da pessoa. Três anos mais tarde, o Supremo Tribunal do Estado da Geórgia reconheceu o direito à privacidade em *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* quando a companhia de seguros foi condenada a pagar indenização por uso indevido da imagem vinculado a um depoimento falsamente atribuído²⁴⁸.

Porém, apenas em 1965 que a *Supreme Court* veio aceitar a *Privacy* como direito constitucional, em *Griswold v. Connecticut*²⁴⁹. Portanto, do breve relato histórico, é de se perceber que foi há pouco tempo que se atribuiu direito à proteção legal do nome, imagem, honra, da vida privada, para chegar até às atuais Constituições e Convenções internacionais.

Apesar da doutrina francesa ter sido pioneira quanto aos direitos da personalidade, foi na Alemanha que o desenvolvimento doutrinal teve maior relevância. Após a grande guerra, a Alemanha devastada e traumatizada foi o palco ideal para o desenvolvimento da teoria das esferas e o entendimento de um direito da personalidade, pois já possuía literatura de direitos subjetivos e bens da personalidade²⁵⁰ suficientes.

fotógrafos permitiram que fosse feito um desenho da foto e publicado no semanário *L'Illustration*. A família ajuizou uma ação em face do desenhista - O'Connell, e em sentença proferida pelo Tribunal de Sena em 16 de junho de 1858, os magistrados entenderam que não seria dado o direito de reproduzir ou publicar retratos de uma pessoa em seu leito de morte sem consentimento expresso da família, por mais que sua vida tenha sido ligada ao público. LUCAS DE ALMENDRA FREITAS PIRES, *Direito à Privacidade No Âmbito Da Sociedade Da Informação...*, *op. cit.*, p. 29.

²⁴⁵ Cf. ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais...*, *op. cit.*, p. 267.

²⁴⁶ Para uma análise mais detalhada ver Cf. *Ibidem.*, Idem., pp. 267 e ss.

²⁴⁷ Cf. RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade da vida privada...”, *op. cit.*, p. 384.

²⁴⁸ Cf. Idem., p. 385.

²⁴⁹ Cf. ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais...*, *op. cit.*, p. 268.

²⁵⁰ Cf. Idem., p. 428.

Tomando como ponto de partida a jurisprudência alemã (BGH)²⁵¹, posteriormente abraçada por grande parte da doutrina²⁵², temos a teoria segundo a qual a proteção dada à vida privada obedeceria à esfera da personalidade afetada – teorias da esfera jurídica (*Rechtskreistheorie*) ou teoria dos três graus (*Dreistufentheorie*)²⁵³ e, por isso, ao caráter absoluto da respectiva tutela jurídica.

Assim, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesgerichtshof*) distinguiu um conjunto de esferas da personalidade que corresponderiam aos diferentes níveis de proximidade e de manifestação da privacidade, dotadas de diferentes níveis de proteção: a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*); a esfera privada (*Privatsphäre*) e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública (*Öffentlichkeit*)²⁵⁴.

Em primeiro lugar estaria a *esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*, que deveria ser protegida contra toda e qualquer intromissão seja ela das autoridades estatais ou dos particulares, devendo ainda ser isolada de todo juízo de ponderação de bens ou interesses, resultando na proibição total de todas as provas que litiguem com aquela esfera²⁵⁵. A decisão fundamenta-se no livre desenvolvimento da personalidade, garantida pelo artigo 2.º, n.º 1 e 1º da lei fundamental Alemã – a dignidade do homem é inviolável, na medida em que nem mesmo os interesses superiores da comunidade poderiam justificar uma lesão a esfera nuclear da vida privada, gozando esta de uma proteção absoluta, tanto contra a invasão pelas instâncias formais de controle, como pelos particulares. Portanto, uma ponderação segundo o princípio da proporcionalidade estaria fora questão²⁵⁶.

²⁵¹ Não existe disposições explícitas no ordenamento processual penal alemão, por seu turno devem ser abordadas em conformidade com os princípios estabelecidos pelo Tribunal Constitucional Federal. Cf. CLAUS ROXIN, *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*, versión castellana de Oscar Julián Guerrero Peralta, Buenos Aires: Rubinzal-Cualzoni Editores, 2009, p. 104.

²⁵² A doutrina portuguesa também adota a teoria das três esferas de proteção, a qual deverá distinguir: a esfera da intimidade, privacidade, e esfera da vida normal de relação. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 95;

²⁵³ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, op. cit., p. 20; DOMINGOS SOARES FARINHO, *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 45; LUCAS DE ALMENDRA FREITAS PIRES, *Direito à Privacidade No Âmbito Da Sociedade Da Informação...*, op. cit., p. 29.

²⁵⁴ Cf. Ac. Supremo Tribunal de Justiça n.º 886/07, [em linha], acesso em 22.08.2018, disponível em: <https://www.stj.pt/>.

²⁵⁵ “Qualquer prova que viole o intervalo do núcleo essencial da personalidade deve ser automaticamente tida como inadmissível. Cf. CLAUS ROXIN, *Pasado, Presente y Futuro...*, op. cit. p. 104.

²⁵⁶ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, op. cit., pp. 94-95, citando JZ 1973, pág. 505; também cf. CLAUS ROXIN, *Pasado, Presente y Futuro...*, op. cit., p. 104.

Ao redor deste núcleo inviolável, existe a área normal da vida privada, eivada também de expressões e condições do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa, devendo, da mesma forma, ser protegida pela constituição e direito ordinário. Contudo, não pode isolar-se dos compromissos da sociedade comunitária e, nesse passo podendo ter seus interesses confrontados e ponderados. Assim, os sacrifícios dos seus interesses estariam legitimados sempre que houvesse necessidade da proteção de valores ou interesses superiores, sempre devendo ser respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade. Foi nesta “fatia” da área da vida privada que o Supremo Tribunal Alemão inseriu “o fundamento material e normativo da interpretação extensiva e generalizadora do regime específico e expressamente consagrado para as escutas telefônicas”²⁵⁷. Portanto, foi através deste entender que permitiu aquele tribunal superior sustentar a tese da admissibilidade da utilização e valoração das gravações obtidas sem o consentimento como meio de prova, que não colida diretamente com o núcleo da intimidade e que sejam fundamentais para a perseguição e repressão da criminalidade mais grave. Em outras palavras, o tribunal entendeu que a intromissão não colidia diretamente com a esfera nuclear da intimidade, mas apenas com a esfera da privacidade²⁵⁸. Aqui, observamos a tendência do tribunal em separar as situações: uma coisa seria valorar a prova para incriminar uma pessoa, outra seria a valoração desta prova se necessária para descoberta e perseguição das redes de criminosos e crimes mais graves.

Em terceiro lugar, estaria a última camada da esfera, a mais periférica da área da privacidade – a vida normal de relações. Ainda que fora do domínio da privacidade, suporta a aplicação sistêmico-comunitária da interação. Portanto, não é um direto que necessita de tutela especial na qual pode sofrer lesões socialmente adequadas e toleradas.

COSTA ANDRADE começa as críticas à teoria proposta pelos Tribunais, referenciando OTTO, que, por sua vez, sublinhava que não era simples encontrar uma esfera da personalidade na qual a ordem jurídica isentasse uma proteção absoluta inatingível pelas consequências pratico-jurídica da colisão e ponderação de interesses individuais ou

²⁵⁷ cf. CLAUS ROXIN, *Pasado, Presente y Futuro...*, op. cit., p. 104; também cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, op. cit., p. 95.

²⁵⁸ “Assim, sempre que não colida diretamente com o núcleo da intimidade a prova obtida sem consentimento poderá ser utilizada e valorada, desde que seja necessária a perseguição e repressão da criminalidade mais grave” Cf. *Ibidem*,..

comunitários, superior ao interesse processual da descoberta dos crimes e perseguição dos criminosos²⁵⁹.

Ainda mais, do ponto de vista prático-jurídico, a teoria das esferas não consegue demarcar com precisão os limites de intromissão na vida privada; não delimita as fronteiras entre a privacidade inviolável e a susceptível de intromissão.

Em uma conversa privada, quando há a esperança de confidencialidade, a intromissão constitui uma intromissão na área nuclear da vida privada, que goza de proteção absoluta, não podendo justificar a intromissão por parte do Estado no interesse prevalecente deste. Portanto, uma ponderação, segundo o princípio da proporcionalidade não seria válida.

Caso a prova esteja em uma esfera confidencial do investigado, esta não pode ser usada nem valorada independente do conteúdo: implica, portanto, proibição absoluta. Todavia, o direito alemão, prevalece o entendimento apoiado na ponderação entre os bens jurídicos tutelados pela proibição de prova e os valores almejados pela perseguição penal, sobretudo no tratamento da criminalidade mais grave. Segundo aquele tribunal²⁶⁰ a perseguição dos crimes mais graves é que legitimará a valoração das gravações ilícitas (feitas sem consentimento) ou diários pessoais, mesmo atinente à esfera mais “inequívoca da intimidade”.

3. Análise da valoração de diários íntimos como prova em processo penal

A solução jurídica da problemática da proteção da vida privada é geralmente ilustrada por meio dos casos dos diários íntimos ou outros documentos privados do arguido que contenham informações de cunho absolutamente íntimo do seu autor, em que a recolha da prova, em processo penal, se constrói-se em virtude de uma invasão aos segredos e raciocínio de si mesmo, guardados pelo arguido em momento anterior a prática de crimes. É aqui, também, que se verifica a solução dos casos de proibição de valoração de prova e resolução dos conflitos entre a prossecução do interesse público na realização da justiça e proteção da tutela de direitos fundamentais.

²⁵⁹ Cf. Idem., p. 97.

²⁶⁰ Cf. Decisão (2.12.1975 do Tribunal Federal, citando o mesmo tribunal no segundo caso do diário (9.7.198) – NJW 1988, p. 1038; Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*, op. cit., p. 199, nota 139.

Na ocasião, o BGH, por três vezes diante do problema da valoração de diário íntimo contra o arguido decidiu de forma distinta. No primeiro caso do diário íntimo, em 1964²⁶¹, decidiu por não valorar as informações do diário em desfavor do arguido, já em 1987, no segundo caso, decidiu pela admissibilidade da valoração do diário²⁶². No terceiro, ainda referente ao segundo caso do diário, foi provocado para decidir quanto à constitucionalidade da valoração dos diários íntimos em processo penal.

a) Primeiro caso do diário íntimo alemão

No primeiro caso do diário, a Suprema Corte Federal alemã foi chamada a se manifestar quanto a decisão que condenou um arguido por perjúrio²⁶³. O arguido havia conhecido uma mulher (Sra. M.) que residia no mesmo prédio do seu dormitório; que era também professora em uma escola na zona rural. Com o tempo houve uma relação mais próxima entre os dois, que segundo o entender do tribunal houve contato íntimo entre eles. Em 1956, ela mudou de escola e precisou mudar também de residência; o arguido passou a visita-la e a frequentar a nova escola da Sra. M., também participou de um grupo de estudos que a Sra. M. ministrou.

O arguido registrou quase tudo de 1954 a 1958 em um diário pessoal, inclusive relatos íntimos do seu cotidiano. Em 1957, o arguido conheceu outra mulher: a Sra. V., que viria a ser sua esposa. No fim de 1958, a Sra. V. encontrou os diários e leu-os, presumindo que o arguido mantinha com a Sr. M. uma relação extraconjugal. Posteriormente, a Sra. V. utilizou as cartas e diários para usar como prova em uma ação de divórcio. Contudo, houve reconciliação entre o casal e as provas não foram eliminadas do processo; pelo contrário, foram guardadas pelo tribunal.

²⁶¹ Cf. BGH, Decisão de 21 de fevereiro de 1964, in: NJW, 1964, p. 1139, [em linha], acesso em 15.08.2018, disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

²⁶² Cf. CRAIG M. BRADLEY, *The exclusionary rule in Germany*, Articles by Maurer Faculty. Paper 956, 1983, [em linha], disponível em: [https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956/?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F956&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages](https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956/?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F956&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages;);

²⁶³ Cf. BGHSt 19, 325 - 334, DB 1964, 952-953, de 21.02.1964, Az. : 4 StR 519/63, referência: JurionRS 1964, 11909, cuja ementa era: “ Uso de registros de diário como evidência; Proibição Constitucional de Prova de Registros Privados em Processos Criminais; Consequência do significado especial da proteção da dignidade humana e do direito ao desenvolvimento da personalidade no GG; Princípio da proporcionalidade ao avaliar a admissibilidade dos processos” tendo por base jurídica os art. 1 GG, 2 GG, § 249 StPO. [em linha], acesso em 12.08.2018., disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

A Exma. Sr. Procuradora tomou conhecimento dos diários e decidiu acusar a Sra. M. por “fornicação”. Na audiência preliminar, o arguido se recusou a testemunhar sobre o seu relacionamento com a Sra. M.; na audiência de julgamento, o arguido foi inquerido na qualidade de testemunha; avisado sobre as consequências das declarações falsas, fez o juramento e disse que as anotações no diário não corresponde aos fatos; que expressava, também, seus desejos e sentimentos; que, embora houvesse trocado ternuras com a Sra. M., não houve intensões sexuais; e as anotações com cunho sexual referiam-se à sua esposa: a Sra. V.; e mais, que as intenções e desejos foram escritas como sonhos.

O tribunal singular decidiu que a Sra. M. deveria ser absolvida. Baseando-se nas declarações do arguido, convenceu-se de que não houve contato entre eles.

O Tribunal Distrital, após uma análise das provas, entendeu que havia incoerências entre certos trechos das declarações do arguido e as escritas no diário e que o acusado sabia de tais incoerências. Por este motivo, decidiu por condena-lo fundamentando que os fatos realmente ocorreram e não se tratava de ilusão ou sonhos, concluindo pelo falso testemunho.

Em recurso de revisão, o arguido negou qualquer culpa, alegando que as escritas no diário não conduzem a verdade e que pertenciam à sua íntima privacidade; portanto, não deveriam ser usadas como prova, uma vez que foram obtidas sem o seu consentimento.

O Tribunal Federal²⁶⁴, a quem competia pronunciar-se sobre a eventual prática de um crime de falso testemunho relativamente as declarações contraditórias do arguido, confrontado com as escritas no diário, considerou que “a proteção legal²⁶⁵ garante ao

²⁶⁴ O Tribunal Federal já havia se pronunciado em caso que considerou semelhante, o caso de uso de fitas gravadas (BGHZ 27, 284, 286, BGHSt 14, 358) “Sobre essa base legal, a Corte Federal de Justiça determinou que quem registra uma conversa em fita sem o consentimento do parceiro geralmente viola o direito de personalidade geral garantido constitucionalmente, que protege a esfera pessoal mais restrita. Na argumentação oral, expressa-se a personalidade individual de cada falante, que tem o direito de conduzir a conversa à vontade e sem sentimentos de confiança e desconfiança. (...) Esses princípios devem ser válidos quando alguém capta opiniões, sentimentos, experiências e experiências para si mesmo, sem o conhecimento dos outros, além de exceções raras e autodeterminadas. Ao falar, qualquer um persegue com suas elocuições pelo menos um propósito de “rally”, ainda que de maneira limitada aos interlocutores. Registros de natureza íntima, no entanto, geralmente não se destinam a ser conhecidos por outros desde o início”, [em linha], acesso em 12.08.2018, disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

Também na decisão do BGHSt 5, 333 o Supremo Tribunal Federal enfatizou o significado especial dos direitos fundamentais e recusando a investigação com o polígrafo e a utilização do resultado da investigação como violação da dignidade humana, independentemente de a adequação do dispositivo e o consentimento do acusado.

²⁶⁵ A suporte legal referido é o art. 1 e 2 GG da Lei fundamental Alemã, o artigo 8.º da Convenção sobre a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950, que protege a esfera privada do

cidadão que a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade são valores fundamentais. A Lei garante ao cidadão, em sua esfera pessoal, a devida liberdade e autodeterminação que é indispensável para o desenvolvimento da personalidade”²⁶⁶.

No caso concreto do primeiro diário, o BGH entendeu que, caso o autor temesse que o diário fosse lido contra sua vontade e até mesmo usados contra ele, isso poderia impedir substancialmente o livre desenvolvimento de sua personalidade²⁶⁷.

No mesmo Acórdão o Tribunal Federal entendeu que “uma vez que o Estado deve respeitar e proteger a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, uma proibição do uso de registros do tipo mencionado deve ser reconhecida até certo ponto no sentido de que não podem ser usados sob o processo penal sem o consentimento da pessoa envolvida. Isso já está refletido na jurisprudência e na literatura, quando se trata da usabilidade procedimental de uma fita gravada em violação de direitos pessoais”²⁶⁸. Considerou, ainda, que o uso do diário ou fita de gravação poderia ser utilizado em processo penal, desde que fosse o único meio de salvar outra pessoa de acusação grave. Nesse caso, assenta o tribunal, “não apenas o interesse do Estado na clarificação dos fatos e do cidadão na proteção de sua esfera pessoal, mas também do acusado, não seria condenado inocentemente. Se a acusação for menos pesada, a personalidade do autor das notas terá que prevalecer. Se for suficiente para suspeitar de sérios ataques à vida e outros interesses legais significativos, o estado ou outros ataques sérios ao sistema legal, a proteção da esfera privada da vida pode ter que ser ponderada. O equilíbrio deve ser

direito, é uma Convenção Federal sobre a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como prevê a Lei de 7 de Agosto de 1952 (BGBl. II, 685).

²⁶⁶ Cf. BGHZ 27, 286, [em linha], acesso em 12.08.2018, disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

²⁶⁷ “Todos devem estar livres para se prender fortuitamente a sensações, sentimentos, visões e experiências, sem a suspeita e o medo de que tais registros sejam explorados sem autorização (...) Nestes casos e similares, uma necessidade legítima de reconhecer a não utilização de tais escritos íntimos sob requisitos legais para serem discutidos em processos criminais. A proteção jurídica da vida privada é cada vez mais reconhecida como tal e legalmente protegida” BGHSt 19, 325 - 334, DB 1964, 952-953, de 21.02.1964, [em linha], disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

²⁶⁸ Neste sentido BGH, reconheceu a necessidade de ponderação e proporcionalidade na admissibilidade da prova, alegando que “uma proibição de prova só pode ser reconhecida no contexto de uma relação equilibrada entre o interesse pessoal, constitucionalmente garantido na proteção de sua própria vida privada e os interesses do Estado na acusação.” Neste sentido, (BVerfGE 7, 209; 12, 125; BVerfG NJW 1962, 2243; 1963, 147; BGHSt 17, 38). É também a ideia principal da resolução do Tribunal Constitucional Federal NJW 1963, 1597. [em linha], acesso em 12.08.2018, disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

realizado em cada caso, tendo em consideração o interesse da aplicação da lei, bem como a importância do direito fundamental”²⁶⁹.

No caso concreto, entendeu que, mesmo que a Sra. V. soubesse das anotações do diário, o seu autor confiou que ela não utilizaria tais provas contra ele; por este motivo ainda seria um “segredo” entre ambos. Logo, ainda fazia parte da esfera confidencial, sendo esses princípios que levaram a proibição de prova.

Assim sendo, na ponderação feita pelo Tribunal Federal com base nos acórdãos anteriores, concluiu que não houve ofensa significativa que justifique uma sobreposição ao direito do arguido à sua privacidade. Caso o crime fosse mais grave, a ponderação poderia ser em sentido diferente. Ou seja, “As possíveis sanções penais, com mais de sete anos, não seriam irrelevantes, mas não seriam tão significativas que exigissem absolutamente a renúncia do direito básico dos arguidos”²⁷⁰.

b) Segundo caso do diário íntimo alemão

No segundo caso do diário íntimo alemão²⁷¹ a Divisão Criminal do Tribunal Federal, na audiência de 09 de julho de 1987, foi provocada a decidir sobre a questão da utilização de registros em diário íntimo, contra o autor dos escritos, em casos de crime mais grave.

Conforme apurado nas investigações, o arguido assassinou uma mulher desconhecida para ele, a (Sra. S.), em 31 de agosto de 1985. A vítima, que não esperava qualquer agressão injusta, estava deitada de bruços, enquanto tomava banho de sol em um prado pouco frequentado.

²⁶⁹ Cf. BGH de 21.02.1964, 4StR 519/63.

²⁷⁰ Cf. BGH de 21.02.1964, 4StR 519/63.

²⁷¹ Cf. BGH 34, 397, de 09.07.1987 – 4StR 223/87, Ref. JurionRS 1987, 11887; Ementa: Avaliação de um assassinato; Permissibilidade do uso dos “registros diários” do acusado; Diagnóstico do desenvolvimento da personalidade perturbada neurótica com a extensão da anormalidade mental grave outro; Violação da exigência da inviolabilidade da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade; Acordo do réu com a garantia dos papéis pela polícia; Renúncia dos direitos pessoais dos registros do diário; Equilibrar os direitos da personalidade, por um lado, e os interesses da justiça criminal, por outro; Relevância da conduta do acusado antes e depois do fato; Comprometimento significativo da capacidade inibitória - Sobre o recurso do réu, o acórdão do Tribunal Distrital de Dortmund em 21 de outubro de 1986 revogada na sentença com as conclusões. - O tribunal distrital condenou o arguido à prisão perpétua por homicídio. A revisão do réu é bem-sucedida apenas para punição. [em linha], acesso em 12.08.2018, Disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1987-07-09/4-str-223_87/?q=%20BGHSt%2034%2C%20397&suggest=1.

Aproveitando-se da displicência da vítima, o agressor aproximou-se sorrateiramente e, na intenção de ceifar a vida da Sra. S., atingiu sua cabeça por pelo menos quatro vezes com uma ferramenta afiada, provavelmente um machado. O Tribunal considerou a ação como assassinato consumado.

Nas investigações, a polícia realizou buscas domiciliárias, mas não encontrou qualquer elemento de prova que pudesse incriminar ou determinar o autor do crime. Contudo, a mãe do arguido encontrou as anotações e as rasgou, depositando no lixo. Foi quando, em uma segunda busca domiciliária, a polícia encontrou tais anotações. Tratava-se de manuscritos no qual o arguido discutia com os seus próprios problemas de relacionamento com mulheres e com uma angustia de tal forma que compulsava para a prática de crimes contra elas²⁷².

O arguido negou as acusações. O tribunal, no entanto, após análise das provas, ficou convencido da sua culpa. A defesa, toda via, questiona que o convencimento dos juízes se baseou na prova que estava no diário íntimo do acusado.

Na visão da defesa, o arguido possuía problemas psicológicos (atestado por peritos) e sofria por não conseguir se relacionar com mulheres. O acusado assumiu esses problemas e registou isso e outros fatos cotidianos em diários pessoais que foram guardados em seu quarto, na casa dos seus pais, em primeiro de outubro de 1985²⁷³.

O Tribunal *a quo* se absteve de ler os registros do diário, mas, ainda assim, decidiu ouvir dois peritos como testemunha para fundamentar sua decisão, sentenciando contrariamente ao requerimento da defesa. Na decisão, reconheceu que, embora o diário tenha caráter íntimo e não ser destinado a terceiros, não merecem estar “envolto em manto de proteção pessoal inviolável porque o arguido tratou mentalmente da prática de crimes contra as mulheres”²⁷⁴.

²⁷² Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/2003, [em linha], acesso em 14.08.2018, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3575618/details/maximized?perPage=50&q=decreto-lei+95-C%2F1997%2Fen>.

²⁷³ Diário escrito por recomendação médica terapêutica. Cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais...*, op. cit., p. 456.

²⁷⁴ Cf. BGH, Decisão de 9 de Julho de 1987, 4 StR 223/87.

Utilizando a fundamentação do tribunal singular, o BGH concluiu que “daí resultando que os textos escritos sobre atos criminosos e vítimas não podem ter-se por abrangidos pelas proibições de prova”²⁷⁵.

Não obstante, o Tribunal entende que é por outro motivo que a valoração do diário deve ocorrer. Assim, “(...) o direito da personalidade não é ilimitado, como o tribunal distrital corretamente aponta. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias decidiu no seu acórdão de 2 de dezembro de 1975 - 1 STR 681/75 - tendo em conta os princípios enunciados na BVerfGE 34, 238, 248. Argumentam que a recuperação de gravações clandestinas em casos de crime grave pode ser justificada. O mesmo se aplica às entradas do diário (ver BGHSt 19, 325, 332 ff)”. Por fim, o BGH justifica que “a Constituição não atribui apenas particular importância à proteção da personalidade, mas também ao funcionamento da administração da justiça, sem a qual a justiça não pode ser ajudada. O equilíbrio entre os direitos do indivíduo, por um lado, e os interesses do sistema de justiça criminal, por outro lado²⁷⁶, é que leva à admissibilidade do uso de registros de diário (...), os documentos apreendidos pelo acusado foram utilizados para investigar um assassinato, um dos crimes mais graves conhecidos no Código Penal”²⁷⁷.

Segundo ROXIN, em comentários ao caso, não é questionável que os escritos no diário íntimo, mesmo sendo sobre os problemas sexuais e tendências criminosas, afetam a área mais íntima de sua pessoa; afirma o autor que “o preço dessa solução, no entanto, teria sido muito alto: um réu cujo assassinato foi provado no tribunal deveria ter sido absolvido”²⁷⁸. Neste passo, o Supremo Tribunal Federal com essa decisão ignorou por completo a teoria do núcleo inatingível ponderado por um lado, “os direitos do indivíduo”, e, por outro “a proteção de direito penal”²⁷⁹.

No caso do segundo diário, o tribunal alemão apreciou e acabou por fragilizar a teoria dos três graus e dissolveu a área de proteção da intimidade, acabando com o ultimo e inviolável núcleo da esfera privada. Segundo o Tribunal Federal Alemão, “cairão fora

²⁷⁵ Cf. BGH, Decisão de 9 de Julho de 1987, in NJW, 1988, p. 1038.

²⁷⁶ Cf. BGHSt 19, 325, 334.

²⁷⁷ Cf. BGH 9.07.1987, 4 StR 223/87; Também em Cf. CLAUS ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia: Titant lo Blanch, 2000, (trad. castelhana de Carmen Gómes Rivero/Maria del Carmen García Cantizano), p. 151.

²⁷⁸ Cf. *Ibidem*.

²⁷⁹ Cf. *Ibidem*.

desse conceito, ficando expostos à devassa processual, os factos, registros ou provas que mantenham uma qualquer conexão com o crime em questão, por mais unívoca que se afigure a sua pertinência ao círculo mais estreito da privacidade”²⁸⁰, e ainda, “a devassa será mesmo legítima em nome da necessidade de acesso à conduta anterior e à personalidade do arguido, para efeito de juízo de culpa. O que deixa mais especulativo a identificação dos dados ou factos susceptíveis “de serem cobertos pelo manto da tutela inviolável da personalidade”.

c) Terceiro caso do diário íntimo alemão

O BVerfG em 1989²⁸¹ foi provocado, mediante queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), no segundo caso do diário íntimo do arguido, para decidir sobre a constitucionalidade da valoração dos diários em processo penal. Naquela ocasião, a valoração do diário afrontava os artigos 1.º e 2.º da GG (Grundgesetz (GG)); desta forma o diário de cunho íntimo pertencia ao “nuclear protegido da esfera privada, intocável em qualquer circunstância”²⁸².

Em decisão sobre a matéria, o Tribunal Constitucional Federal Alemão corroborando com a jurisprudência anterior do BGH, reconhece a existência de um núcleo intocável em relação à dignidade da pessoa humana. Contudo, o BVerfG destaca a existência de limites daquele direito de personalidade²⁸³, principalmente quando houver um “interesse geral prevalecente da comunidade, porquanto, se o indivíduo como cidadão, vive inserido numa comunidade e entra através da sua conduta em relação comunicativa com os outros; pode, com isso, tocar a esfera pessoal dos seus concidadãos e os interesses da comunidade (“die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt”)²⁸⁴. A transcrição de informações em um diário não anula completamente a atuação do

²⁸⁰ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*, op. cit., p. 200.

²⁸¹ Cf. BVerfG 80, 367.

²⁸² Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03.

²⁸³ Em todo caso, segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, existe “um domínio último intocável de conformação da vida privada que é, sem mais, retirado ao poder público. Mesmo os interesses mais importantes da comunidade não podem justificar actuações nesse campo; uma ponderação segundo o princípio da proporcionalidade [“Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”] não tem aqui lugar. Isto decorre, por um lado, da garantia [...] dos direitos fundamentais e, por outro lado, deduz-se [da ideia de que] o cerne da personalidade é protegido através da dignidade intocável da pessoa humana”. Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03.

²⁸⁴ Cf. BVerfGE, Decisão de 14 de Setembro de 1989, in NJW, 1990, p. 563; também em Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03.

Estado, antes, para saber se pertence ao núcleo íntimo, tem-se que ponderar o caráter e o conteúdo para medir a sua possibilidade de utilização em processo penal. Então, deve-se analisar se o núcleo íntimo entra em choque ou invade outras esferas de interesses da comunidade. Ademais, os registros em um diário que contenham indicações imediata sobre o projeto, ou consumação do crime e suas vítimas, estão em imediata ligação com o fato punível; portanto, não cabem no núcleo inalcançável da vida privada e, por isso, a sua valoração não se encontrará vedada por Lei.

O Tribunal Constitucional Alemão tem-se mostrado interessado na luta contra o crime, ressaltando o interesse público na busca da verdade no processo penal e dando como resposta, no âmbito do Estado de Direito, o esclarecimento eficaz da criminalidade mais grave, desde que se mostre necessária e adequada a cada caso²⁸⁵.

Os magistrados do tribunal entraram discórdia quanto à valoração do conteúdo do diário. Dos oito magistrados, quatro votaram a favor e quatro votaram contra valorar os manuscritos de foro íntimo. A primeira metade entendeu que seria admissível a valoração do conteúdo do diário, sustentando sua decisão que aqueles manuscritos não pertenciam à área nuclear da esfera íntima e, portanto, não estariam protegidos da perseguição penal. Já os outros quatro, em sentido contrário, concluíram pela inadmissibilidade da utilização dos manuscritos de foro íntimo, visto que estes pertenciam à esfera íntima, portanto mereciam proteção absoluta²⁸⁶.

Com o empate de votos o Tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade da Lei²⁸⁷. O resultado foi a validação da sentença recorrida e, consequentemente, o não acolhimento do pedido da defesa.

²⁸⁵ “É sempre de ponderar, em concreto, qual das dimensões deve, ainda que com limitações, prevalecer: “se a utilização dos textos [dos diários] não for, em geral, de excluir, então, no caso concreto, deve ainda verificar-se se tal utilização em processo penal é adequada e necessária para a averiguação do crime e se a intervenção na esfera privada, condicionada por isto, não está desproporcionada [“ist nicht außer Verhältnis”] em relação ao objectivo de esclarecimento [da verdade] no direito penal” Cf. decisão BVerfGE, Decisão de 14 de Setembro de 1989, in NJW, 1990, p. 563; Também em Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03.

²⁸⁶ Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03.

²⁸⁷ Em face do disposto no § 15, 3, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03; também em Cf. CLAUS ROXIN, *La evolución de la política criminal...*, op. cit., p. 151.

Das posições tomadas pelos magistrados relacionadas ao problema proposto, não se chegou a uma solução²⁸⁸. A valoração dos diários em processo sob a afirmação de que “não pertence a esfera de proteção absoluta da vida privada, porque o arguido havia escrito e portanto havia saído do âmbito interno”, como alegou parte dos magistrados, é insatisfatório, como considera ROXIN “*ya que praticamente anula el reconocimiento de un ámbito humano interno, el cual también es intangible para el Estado; pues las ideas que no salen del ámbito interno de la persona, sino que se conservan en su propio interior, y que además no trascienden de manera duradera a la colectividad, no precisan protección frente a la intervención estatal porque, desde un principio, no están al alcance del Estado y tampoco le interesan*”²⁸⁹. Entretanto, o mesmo autor, em outra obra criticando as decisões do BGH, no entendimento de que o interesse da prossecução da justiça prevaleceu perante o direito de personalidade, afirma uma posição em sentido coincidente com a afirmada pelo tribunal. Analisando um caso concreto específico de criminalidade grave, pode-se admitir uma ponderação da proteção de personalidade do arguido e dos interesses subjacentes à prossecução da justiça penal. Fora desses casos, veda a valoração de diários quando esteja em causa o domínio nuclear da personalidade, e dignidade do homem (“*den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit und damit die Menschenwürde*”)²⁹⁰.

Da posição contrária dos magistrados, de que consideraram ser uma afronta à dignidade humana a valoração de diários sob o fundamento de que a referida dignidade contém um “núcleo inviolável que está intangível de qualquer interferência do estado”, como alegou parte dos magistrados, também não satisfaz a doutrina alemã que, majoritariamente, admite uma certa ponderação dos valores em litígio, acreditando ser justificável uma invasão à esfera íntima do arguido quando estiver em pleito casos de criminalidade grave²⁹¹.

²⁸⁸ “la discusión latente muestra que la sentencia trata sobre la protección del ámbito más íntimo de la persona, un problema sobre cuya solución nuestra jurisprudencia aún no ha su última palabra”. Cf. Idem., p. 153.

²⁸⁹ Cf. Idem., p. 152.

²⁹⁰ Cf. Ac. Tribunal Constitucional Português, n.º 607/03.

²⁹¹ Por todos SHCÁFER “O primado da esfera íntima, face às necessidades da justiça penal na procura da verdade, recua quando, à luz do princípio de proporcionalidade, a ponderação com o significado do direito fundamental de respeito pela dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade faz emergir prevaletentes necessidades da justiça criminal, que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova. Quando, por exemplo, a valoração de gravações ou de dados constantes de um diário constituem o único meio processual de libertar outra pessoa de uma acusação particularmente séria ou sobre o arguido impende a suspeita fundada de um atentado grave à ordenação jurídica.” *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova... op. cit.*, p.32. No mesmo sentido ROGALL “para o cidadão as

d) *Caso do diário íntimo em Portugal*

Na experiência portuguesa, o Tribunal Constitucional viria a ser chamado a apreciar um caso similar dentro de um caso “mais que midiático”²⁹², o conhecido “Processo da Casa Pia”. Embora aborde sobre questão diversa dos casos alemães, foi levantada a questão: podem ou não ser valorados os diários íntimos de um arguido como meio de prova num determinado processo?

Em 2003 um arguido teve sua residência revistada, mediante autorização judicial que ocorreu sob os trâmites legais; na ocasião foi apreendido os diários íntimos e, ainda, várias fotografias contendo imagens de jovens que viria a revelar que o arguido possuía inclinação para praticar ato sexual com jovens menos de 16 anos. Na opinião da defesa, o conteúdo dos diários não deveria ser valorado para fundamentar os pressupostos processuais da prisão preventiva²⁹³, sob fundamento de que tal apreciação atentava contra sua dignidade na esfera mais íntima²⁹⁴.

Tanto o juiz de instrução como o Tribunal da Relação de Lisboa²⁹⁵ consideram que os diários haviam sido apreendidos legalmente e, por este motivo poderiam ser valorados no processo penal sem necessidade de mais considerações.

proibições de prova aparecem como instrumento de defesa dos direitos individuais contra a atividade estadual de perseguição criminal. As proibições de valoração emergem e relevam assim do conflito entre os interesses individuais e o interesse da perseguição criminal. Só pode afirmar-se a sua existência quando a consideração da concreta situação de conflito faz aparecer a prevalência do interesse individual, porque o princípio do Estado de Direito reclama a garantia e efetivamente do bem jurídico individual face a atividade de perseguição penal do Estado”, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova. op. cit.*, p. 33. Contra, WOLTER, MEIER-GS (1990) 493; IBÍD, StrV (1990) 175; STÖMER, NStZ (1990), 397; GEIS, JZ (1991), 112, em desacordo com as decisões do tribunal, Cf. ROXIN, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal...*, *op. cit.*, p. 107.

²⁹² Cf. Jornal Público, de 2 de abril de 2004 [em linha], [acesso em 22.08.2018] disponível em: <https://www.publico.pt/2004/04/02/jornal/os-diarios-do-arguido-186375>.

²⁹³ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03, processo n.º 594/03 de 5.12.2003.

²⁹⁴ Segundo afirmava o arguido, “a valoração de um diário pessoal e íntimo como meio de prova constitui, a todas as luzes, um imiscuir brutal na intimidade de um ser humano, logo afectando radicalmente o núcleo e reserva indisponível da dignidade humana”. Cf. Jornal Público, de 2 de Abril de 2004 [em linha], disponível em: <https://www.publico.pt/2004/04/02/jornal/os-diarios-do-arguido-186375>.

²⁹⁵ “Mas os diários vieram ao processo apreendidos na sequência de busca realizada à residência do arguido, busca essa cuja legalidade não é posta em causa; por outro lado, o artigo 125.º do CPP dispõe que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, pelo que haverá de concluir-se que, não havendo proibição alguma sobre a admissibilidade de diários do arguido como meio de prova, não estamos perante qualquer nulidade; os interesses da investigação criminal, salvaguardadas as exigências legais, terão de se sobrepor a uma eventual violação da privacidade, que, no interesse da descoberta da verdade e realização da justiça penal, terá de ceder”. Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03, processo n.º 594/03 de 5.12.2003.

Não satisfeito com as decisões dos tribunais (Instrução e Relação de Lisboa) e a interpretação que haviam dado a Lei, a defesa recorreu para o Tribunal Constitucional, colocando a seguinte questão: podem ou não ser valorados os diários íntimos de um arguido como meio de prova num determinado processo?²⁹⁶

Após longa discursão do tema, e tendo por base o fundamento utilizado pela jurisprudência alemã²⁹⁷ nos casos dos diários, confrontado²⁹⁸ com o regime americano²⁹⁹, o Tribunal Constitucional Português passou a discorrer sobre as questões propostas.

Quanto à questão da admissibilidade probatória do conteúdo de diários em face do tratamento do direito à reserva da intimidade da vida privada e à tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, pelo fato da valoração do conteúdo dos diários estampar uma intolerável invasão a intimidade, nomeadamente a mais íntima e pessoal esfera, o Tribunal Constitucional português admitiu primeiramente que é “indesmentível” que a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada se ampara no suporte processual penal, aplicando limites à valoração de provas que reproduzam uma arbitrária intromissão

²⁹⁶ “Sustenta o recorrente que a valoração, como elemento probatório, de diários, obtidos através de uma busca domiciliária legalmente ordenada, representa “um imiscuir brutal na intimidade de um ser humano, logo afectando radicalmente o núcleo e reserva indisponível da dignidade do Homem”, e contende com “[...] o próprio cerne da [sua] intangível integridade moral”. São estes, pois, os aspectos que, no caso sub judicio, importa indagar.” Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

²⁹⁷ A solução encontrada na Alemanha passa pela análise de dois vetores: (i) o desenvolvimento da personalidade e não sua degradação e, em segundo lugar, (ii) o relevo da nova e autónoma manifestação de danosidade social, do novo atentado ao bem jurídico, que a valoração do diário em processo penal mediatiza. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, in: *Revista do CEJ*, n.º 6, (1.º sem. de 2007), p.139; Nesta linha e continuando a apelar para a fundamentação da decisão do BGH a propósito do primeiro caso do diário (1964), quando estão em causa registos atinentes à intimidade pessoal o tribunal alemão entende por irrelevante o modo como o diário chegou ao conhecimento das autoridades. Desta forma, lícita ou ilícitamente obtido, um diário íntimo não pode ser utilizado contra a vontade do seu autor diferente do que sucede na realidade americana. Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

²⁹⁸ No caso Português se verifica tanto semelhança do americano, a valoração de um diário está liminarmente “excluída se o diário foi apreendido de modo ilegal, nomeadamente por inobservância da exigência de mandado judicial”. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal...”, *op. cit.*, p.139. “(...) e também em conformidade com o alemão já que o Tribunal Constitucional entende que “domínio absolutamente interno do autor” que toca “apenas a sua esfera pessoal” e revela “ao jeito de ‘uma conversa consigo próprio’, e o seu estado de alma a problemas que atingem o ‘cerne de sua personalidade’ e (não inclui) facticidade que implique terceiro” cuja violação é proibida (na terminologia constitucional, segundo artigo 32.º n.º 8 da CRP, essas provas seriam sempre absivas; e que, para além desse núcleo essencial e irredutível da personalidade humana ‘há-de admitir-se uma ponderação que, em concreto, pode conduzir a que esta circunstância venha a admitir a valoração processual probatória das descrições em causa”. Cf. *Idem.*, p. 140.

²⁹⁹ Para o direito americano, o que é decisivo é a licitude ou ilicitude processual do acesso ao diário. Tudo está fundamentalmente em saber se a polícia violou ou não os dispositivos legais e formais que definem e condicionam o exercício da sua competência. A valoração estará excluída se o diário foi apreendido de modo ilegal, nomeadamente por inobservância da exigência de mandado judicial. Mas já será admitida nos termos mais irrestritos se puder concluir-se que a polícia não violou qualquer formalidade legal. Isto à semelhança do que sucederia com a apreensão de uma arma ou de um lenço que contém vestígios de abuso sexual sobre um menor. Cf. *Morrison vs United States*, 1958.

naqueles bens protegidos, principalmente as que sejam “efetuadas fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (artigo 34.º, n.ºs 2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cf. o artigo 18.º, n.ºs 2 e 3)”, sublinhando ainda a necessidade de uma ponderação que atenda as especificidades do caso concreto³⁰⁰.

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional passou a discorrer sobre a (ir)relevância da natureza da fonte utilizando-se decisão do Tribunal alemão; desta forma, “deve, desde já, considerar-se que, no que concerne à perspetivação da (in)admissibilidade de utilização probatória de diários pessoais sob o prisma da tutela da intimidade e à luz da valoração do princípio matriz da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, é imprescindível - como adequadamente salientou o *Bundesverfassungsgericht* [...] a propósito do segundo caso do diário - aferir se o conteúdo concreto das descrições ou relatos que o integram pertencem ao domínio absolutamente interno do seu autor – tocando apenas a sua esfera pessoal e revelando, ao jeito de “uma conversa consigo próprio”, o seu “estado de alma” relativamente a problemas que atingem o “cerne da sua personalidade”, afora a existência de uma factualidade que implique terceiros -, ou se, em oposição, tais descrições, não apresentando um cunho vivencial puramente pessoal, envolvem a esfera das vítimas, estando, assim, para lá de um foro exclusivo interno”³⁰¹.

Assim sendo, ao admitir que a valoração dos manuscritos atingiria a esfera mais interior do domínio exclusivo do arguido, o que concorre com a dignidade ética da pessoa humana, destruindo por completo os direitos à reserva dos “pensamentos, impressões e angústias”; assim, “estar-se ia, aqui, perante uma intromissão inadmissível em face da dignidade da pessoa humana”. Entretanto, nos casos em que os fatos constantes no diário, que digam respeito a esfera dos outros ou da comunidade, que não reflita impressões internas e contenham atos já imputados ao arguido, o tribunal entendeu que “há de admitir-se uma ponderação que, em concreto, pode conduzir a que, nestas circunstâncias, se deva admitir a valoração processual-probatória das descrições em causa. Nessa medida, v. g., não são abrangidos pela protecção dos direitos fundamentais “os textos descritivos do agente sobre a sua vítima e os seus crimes ou, para além disso, anotações

³⁰⁰ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

³⁰¹ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

de negócios ou análogas que se referem a processos de tipo externo sem deixar reconhecer uma referência directa à personalidade do seu autor”³⁰².

O Tribunal Constitucional Conclui, por considerar que “a densificação material e axiologicamente fundada de uma abusiva intromissão na reserva da vida privada – que qua tale se afirma constitucionalmente vedada – não pode dispensar, como definens, a consideração do limite, ineliminável e intransponível, da dignidade e da integridade da pessoa humana”. Por fim, “esta pedra angular da juridicidade impõe, *nemine contradicente*, que os interesses gerais da investigação e da prossecução da justiça penal terão de ser sacrificados sempre que contendam com esta reserva absoluta de pessoalidade”³⁰³.

Outra questão fundamental que o Tribunal Constitucional suscita é o questionamento da valoração de diários íntimos apenas com a avaliação da legalidade da apreensão sem a necessidade de ponderação quanto ao seu conteúdo, ou o contrário, a valoração necessitaria de um juízo prévio de proporcionalidade, levando em consideração os interesses e direitos em confronto. O Tribunal Constitucional viria a estabelecer que o Tribunal da Relação havia adotado um critério de ponderação “geral”, na medida em que com a mera legalidade da aquisição ao diário, “o interesse da realização da justiça penal subjugaria a tutela da intimidade da vida privada do arguido, independentemente do concreto conteúdo das descrições deles constantes e da diferenciada densidade de tutela que lhes há-de ser reservada”. Sendo Assim, o Tribunal Constitucional decidiu que “em bom rigor, só fora de uma “área interior colocada sob o domínio exclusivo do arguido” se há-de admitir tal ponderação, sendo que, mesmo aí, o “fiel da balança” dos valores em questão deve encontrar-se no respeito pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, indagando, designadamente, se a intromissão na vida privada é, em face do caso concreto, necessária e não desproporcionada”, e, ainda, “a validade da utilização probatória dos diários do arguido não pode resultar, *tout court*, como já se afirmou, de uma sobreposição dos interesses inerentes à perseguição criminal em face da vida privada”³⁰⁴.

³⁰² Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

³⁰³ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

³⁰⁴ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 607/03.

Contudo, o Tribunal não fez análise quanto à admissibilidade da valoração dos diários, haja vista que o critério utilizado pela decisão recorrida não havia revelado os parâmetros constitucionais aplicáveis em concreto. Concluindo, pois, por declarar “que a interpretação extraída dos n.ºs 1 e 3 do artigo 126.º do Código de Processo Penal pelo acórdão da Relação, segundo a qual, uma vez salvaguardada a legalidade da obtenção dos diários, o tribunal poderá valorar, em sede probatória, sem sujeição a quaisquer limites, todo o seu conteúdo, independentemente da sua diversa natureza, não está conforme com o âmbito de tutela conferido constitucionalmente ao direito à reserva da intimidade da vida privada”, por violação das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 26.º, n.º 1, e 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa.

MARIA FERNANDA PALMA entende o sentido do Acórdão do Tribunal Constitucional, no caso do diário português, como “um critério dinâmico de restrição de ponderações limitativas da dignidade da pessoa humana envolvidas na intimidade da vida privada, em função da dimensão do caso. E, a par desse critério restritivo, o Tribunal Constitucional utiliza também um outro, ampliativo, igualmente dinâmico, em função do caso concreto, concentrado em ponderações de adequação e justificação da intromissão e na relação da matéria atingida com os aspectos do direito à reserva da intimidade da vida privada. Não se excluem assim, métodos ou meios de prova, sem mais. Por Exemplo, nem a apreensão de diários íntimos nem a sua utilização são proibidos em si mesmo, mas também não basta a admissão legal da utilização de tais métodos de obtenção de prova sem uma ponderação sobre a natureza do seu conteúdo e a extensão da restrição alcançada”³⁰⁵.

Na mesma matéria referente ao acórdão do Tribunal Constitucional no caso do diário, JOÃO CONDE CORREIA entende que o Tribunal Constitucional preconizou um regime “muito restritivo”, assim como num verdadeiro “Estado de Direito”. Não é suficiente que as autoridades tenham conhecimento da informação de forma legal, nem tão pouco estejam em causa os bens jurídicos mais preciosos como a vida, como também não é suficiente os anseios da vítima ou seus familiares. Para o autor, é necessário a união de todos esses requisitos e que se “verifiquem em concreto e que justifiquem a intromissão”. Assim, “só vencendo com sucesso todo esse apertado crivo se poderá – segundo o Tribunal Constitucional – utilizar o conteúdo de um diário como meio de prova em

³⁰⁵ Cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...”, *op. cit.*, p. 663.

processo penal. Nunca será demais repetir: a verdade não deve ser conseguida a todo o custo, sob pena de correremos o risco de estarmos – porventura inconscientemente bem-intencionados – a actualizar experiências como as da inquisição ou da tortura”³⁰⁶.

JOÃO CONDE CORREIA sintetiza que “para além da legitimidade formal da apreensão e da legalidade da intromissão (sistema americano), “a ilicitude da valoração de um diário há-de ainda resultar de um teste, realizado em concreto, *ad mensuram* do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º n.º 2 da Constituição)”, tendo em conta nomeadamente, a gravidade dos crimes em questão; a sua natureza e relação com bens jurídicos em causa; a possibilidade de continuação da atividade criminosa; e o interesse da proteção da vítima (sistema alemão)”. Ou seja, não basta que a lei autorize em abstrato a apreensão do diário: há-de ponderar o interesse individual do autor, e também, o interesse da comunidade e Estado de uma perseguição penal justa e eficaz; ademais, a valoração deve verificar-se justificada frente a relevância daquele meio probatório como fins de desvendar um crime que de outra forma não seria descoberto.

A verdade é que quando analisamos o direito à privacidade em elementos probatórios que constituem objeto de crime ou digam respeito a crimes cometidos, até também, a planeamento de crimes, a princípio estes não podem ser utilizados no processo. Apesar de reconhecer a existência de um núcleo inviolável, cuja intromissão revelaria uma prova impassível de ser valorada, haveria sempre de ponderar em concreto para se comprovar se estamos diante de uma situação de intangibilidade, ou seja, nem todas as áreas da privacidade possuem a mesma intensidade. Caso as informações versem sobre fatos criminosos de maior ressonância social, não desfrutam da tutela da privacidade em pleno, pelo fato de que à prática dos crimes assombram não só a vítima, mas a sociedade em um todo, e por isso não podem ser alocados dentro da esfera íntima inviolável³⁰⁷. Portanto, uma ação encoberta de investigação não encontraria barreira da inviolabilidade da esfera íntima, e as provas obtidas poderão ser valoradas no processo. Entretanto, em que pese as

³⁰⁶ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, *op. cit.*, pp. 154-155.

³⁰⁷ “A constituição não exclui que neste âmbito, uma ponderação possa conduzir a que em concreto, o interesse público geral na investigação dos ilícitos penais imputados ao arguido e, também, na prossecução da verdade material e subsequentemente realização da justiça, se sobreponha, observadas as devidas reservas, às necessidades de tutela da sua esfera de privacidade, não sendo de excluir, dentro do domínio tido por admissível, uma valoração da prova, desde que esta não se mostre obtida de forma desadequada, desnecessária e desproporcional face aos valores e ao tipo de decisão”. Cf. Ac. TC n.º 414/03 de 13.07.2005.

provas serem obtidas legalmente, ainda assim, deverá passar pelo crivo da ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade, e ainda ser utilizadas apenas em casos extraordinários.

V. O Conflito de interesses entre a proteção do indivíduo e a persecução criminal

Após reconhecer a existência de um núcleo intransponível da privacidade, mas ao mesmo passo aquele núcleo pode e deve ser atingido face outros valores de maior densidade, resta-nos analisar quais são os critérios que podem determinar a transfixação da privacidade e, quando uma medida seria desproporcional.

As respostas encontradas pela jurisprudência e doutrina, quanto aos conflitos de interesses, parte do reconhecimento de um duelo entre a preservação de um espaço íntimo pessoal de desfrute da sua própria personalidade e, por outro lado, da súplica pela proteção, segurança e verificação da justiça.

A materialização constitucional do princípio do processo justo e equitativo deve estar alinhado com a eficiência na defesa dos cidadãos na criação de meios de investigação criminal eficaz e a defesa dos cidadãos contra os abusos que estes meios possam causar. Subentendido a este conflito, está a indagação de saber até onde é permitido ao Estado perturbar direitos, liberdades e garantias de cidadãos possivelmente inocentes, na busca de provas incriminatórias para o exercício do seu direito de punir – *jus puniendi*.

Esta constante necessidade de conjugação e encontro de direitos e valores constitucionalmente protegidos é um convite à atuação de critérios no sentido de controle para evitar os excessos, abusos e “injustiças”. Assim, restrições de direitos em função da prossecução de outros interesses devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Todavia, a eficácia da descoberta da verdade e da investigação criminal, consequentemente perseguição de criminosos, encontra limitações pela eficiência na defesa e garantias dos cidadãos e na proibição de valoração de provas.

Os métodos ocultos como métodos de obtenção de prova nascem dentro deste frágil equilíbrio; apesar de não ser um recurso novo, na prática, não encontrar legislação robusta, sendo aplicado costumeiramente o regime geral; suscita problemas de confrontos

entre a tutela da privacidade e a investigação criminal, entre a descoberta da verdade e a prevenção de futuros crimes³⁰⁸.

Todavia, ao nosso ver, nada obsta a possibilidade de apelar aos princípios básico da lei constitucional ou ordinária para fundamentar e legitimar a sua utilização e o problema da validação das suas provas obtidas em processo penal.

Segundo JORGE REIS NOVAIS, ter um direito fundamental em Estado de Direito, “equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força no número da quantidade, das cartas dos outros *nipes*”. Confrontando com a realidade, aplicando ao sistema jurídico de Estado de Direito e levando em consideração que o outro jogador é o Estado, uma vez que os direitos fundamentais são “posições jurídicas individuais face ao Estado”. Possuir um direito fundamental, continua O mesmo autor, é “ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a fina, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos”³⁰⁹.

A restrição de direitos deverá limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, portanto com recurso e critérios de proporcionalidade e necessidade. Nas palavras de COSTA ANDRADE, “o cumprimento da proporcionalidade obriga a chamar à balança da ponderação um largo espectro de valores, interesses e contra interesses. Com destaque para o universo dos direitos e dos sujeitos atingidos, a eminência e dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar bem como a idoneidade da medida para o conseguir”³¹⁰.

³⁰⁸ “As ações encobertas restringem os direitos à intimidade/privacidade, à autodeterminação informacional, à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnico-informacionais (apenas no caso da ação encoberta em ambiente informático-digital), à inviolabilidade do domicílio (apenas quando implique a entrada num espaço que goze da tutela deste direito) e à liberdade de expressão. Contudo no caso do agente encoberto, inexistente qualquer restrição de direitos fundamentais. Cf. Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos”*..., *op. cit.*, pp. 500-501.

³⁰⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais, trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 17-18

³¹⁰ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no verão passado*”..., *op. cit.*, p. 116.

Por sua vez, conforme REIS NOVAIS, o princípio da proporcionalidade é a “referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de chave sem a qual, integrada no recurso à metodologia de ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vem sendo suscitado”³¹¹.

De acordo com o que defende J.J. GOMES CANOTILHO, “o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um princípio de controlo exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) à prossecução do escopo e ao balanceamento em concreto dos direitos ou interesses em conflito”³¹².

A avaliação da conformidade constitucional de um método oculto de investigação³¹³, ou sua afirmação prática a luz do princípio da proporcionalidade, obedecerá ao fruto do seu confronto com os subprincípios da idoneidade ou adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido restrito³¹⁴.

Por seu turno, ROBERT ALEXY lembra que o sentido dos direitos fundamentais como princípios é fruto da sua conexão estreita com o princípio da proporcionalidade. O resultado seria obtido através dos três testes: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito³¹⁵.

O subprincípio da idoneidade ou adequação significa que “as medidas restritivas da liberdade individual devem ser aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição o significa, mais rigorosamente, que àquelas medidas devem, de forma sensível, contribuir para o alcançar”³¹⁶, ou seja, “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua

³¹¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 161.

³¹² Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 267.

³¹³ Não somente dos métodos ocultos mas também toda referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos em Estado de Direito. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 162

³¹⁴ Cf. *Ibidem*., p. 162.

³¹⁵ Cf. ROBERT ALEXY, “A construção dos direitos fundamentais”, in *Direito & Política*, n.º 6, Loures, (Fev. – Abr. de 2014), p. 42

³¹⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 167.

adoção”³¹⁷. Portanto, a restrição em questão nada mais é que a capacidade de um meio adequado para chegar a um fim visado, com a resguarda dos direitos protegidos constitucionalmente. Logo, uma medida é idónea quando é útil para obtenção do fim quando “permite a aproximação do resultado pretendido”³¹⁸.

Na aplicação no caso concreto, o controle da adequação deve ser no momento em que é utilizada, ou seja, *ex-ante*, pois seria irrelevante para a apreciação da respectiva legalidade que tal medida a *posteriori* não fosse mais viável para alcançar o fim pretendido³¹⁹.

O subprincípio da necessidade, exigibilidade, indispensabilidade ou, ainda, do meio menos restritivo, fixa que se recorra ao meio necessário, exigível ou indispensável, numa lógica de utilizar meio mais leve ou menos restritivo para obter o fim visado. Em outras palavras, como salienta REIS NOVAIS, citando FLEINER, “*não se deve utilizar um canhão para atirar a pardais*”³²⁰. No caso concreto, em momento anterior, deve-se exigir-se sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não foi possível utilizar outro meio menos gravoso para o indivíduo³²¹; a questão não passa pela adoção da necessidade concreta, mas, sim, pela necessidade relativa que poderia ter sido adotada de forma eficaz, ou seja, na escolha entre várias hipóteses idóneas, deve-se encontrar a mais suave, menos restritiva, ainda que leve mais tempo para a sua execução. As medidas restritivas em comparação com os prejuízos causados, medem-se avaliando em função dos efeitos *materiais* (o meio deve ser mais brando possível quanto a limitação dos direitos fundamentais); *espaciais* (necessidade de limitar o âmbito geográfico da intervenção); *temporais* (delimita a utilização no tempo da medida restritiva) e *pessoais* (a medida deve limitar-se a pessoa determinada cujo valores devem ser sacrificados)³²², levando em consideração não somente os direitos fundamentais propriamente atingidos, mas também o abalo sofrido na liberdade, nos direitos fundamentais ou outros valores relevantes pelo indivíduo³²³. Portanto, se puder fazer a prova de que existia um meio alternativo, menos oneroso, restritivo ou agressivo utilizado, então, o meio escolhido será

³¹⁷ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 268.

³¹⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 167.

³¹⁹ Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades...*, op. cit., p. 255.

³²⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 171.

³²¹ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 268.

³²² Cf. *Ibidem.*, Idem., pp. 268-269.

³²³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 171.

excessivo, e por sua vez, inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso, especialmente do princípio da indispensabilidade ou da obrigação de utilizar meio menos oneroso para atingir o fim³²⁴.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou o terceiro elemento da proporcionalidade, ocupa-se em indagar sobre a adequação (proporção) de uma conexão entre dois vetores variáveis e equivalentes. No qual, o meio e fim são contrabalanceados mediante um juízo de ponderação, com o intuito de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação aquele, pesando-se as “desvantagens dos meios em relação às desvantagens do fim”³²⁵. Ou seja, serve de controle entre as medidas restritivas da liberdade, de um lado, a relevância do fim pretendido e, do outro, a gravidade da privação imposta³²⁶.

Quando se analisa a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, aprecia-se a relação entre o valor que se pretende proteger e frente a bem protegido a ser restringido. Contudo, a violação do princípio da proporcionalidade dependerá, ainda, da “verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo *justa, adequada, razoável, proporcionada*”³²⁷ ou, noutra análise de sentido, que ela é “*excessiva, desproporcionada, desrazoável*”³²⁸. Assim, no caso concreto, em uma restrição aos direitos fundamentais, a proporcionalidade se identifica como uma ponderação de bens para determinar qual dos valores em conflito se sobrepõe, avaliando qual tem maior peso e qual deverá dobrar-se.

No caso concreto, a realização da proporcionalidade não se acaba tão-somente na verificação do meio e fim concreto, mas, antes, por uma ponderação entre as vantagens e desvantagens da medida. Portanto, a ponderação no quadro de controle da proporcionalidade não são “bens, valores ou interesses”, mas, sobretudo, “vantagens, desvantagens e desvantagens recíprocas de alternativas legítimas e disponíveis”³²⁹.

³²⁴ Cf. Idem., p. 172.

³²⁵ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 269.

³²⁶ Cf. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, op. cit., p. 178.

³²⁷ Cf. *Ibidem*.

³²⁸ Nesta análise de saber se o princípio da proporcionalidade exige que o meio escolhido seja o “mais proporcional” ou que não seja “desproporcionado”, a doutrina e jurisprudência prefere ficar com o último, a opção de garantir que a restrição não seja inadequada, desrazoável, desproporcionada. Cf. Idem., p. 183.

³²⁹ Cf. Idem., p. 185.

No que concerne às garantias da razoabilidade, ou princípio da proporcionalidade em geral (ou ainda o terceiro elemento da proporcionalidade estrita), haverá desproporcionalidade habitualmente quando a relação entre a gravidade do sacrifício imposto e a pertinência dos motivos que o justificavam seja desrazoável³³⁰. Isto traduz mais uma garantia contra a proibição do excesso, assegurando que a aquele não se acabe no sentido matéria daquela associação fim e meio.

Uma restrição pode ser não desproporcionada levando em consideração a gravidade do sacrifício imposto em conforme ainda com a realização dos fins perseguidos, mas a nível subjetivo do investigado, pode tornar-se inadmissível ou intolerável. Portanto, este princípio concentra-se na lesão que a medida restritiva provoca na esfera íntima dos afetados, garantindo uma avaliação subjetiva, havendo inconstitucionalidade quando a “quantidade” ou “qualidade” do ônus imposto supere o limite proporcional a “liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito”³³¹.

A esse propósito de ponderação entre os conflitos de valores, MARIA FERNANDA PALMA sublinha que “A tutela e as restrições da reserva da vida privada não dependem de meras ponderações do valor de privacidade com o interesse público nem de uma lógica estática de esferas violáveis e invioláveis, mas de critérios dinâmicos que consideram, nos casos concretos, a repercussão noutros direitos fundamentais de eventuais restrições e a adequação e a justificação dessas restrições em função dos fins visados”³³².

A respeito desta questão, na nossa jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça entende que “a Constituição não exclui que, neste domínio específico, uma ponderação possa conduzir a que, em concreto, o interesse público geral na investigação dos ilícitos penais imputados ao arguido e na prossecução da verdade material e a subsequente realização da justiça se sobreponham, acauteladas as devidas reservas, às necessidades de tutela da sua esfera de privacidade. Porém, quando o juízo sobre a existência, ou não, de uma afronta à dignidade do homem tem implícita a forma como o imputado equaciona a sua relação com a dignidade dos outros, colocando em causa valores fundamentais (como

³³⁰ Cf. Idem., p. 187.

³³¹ Cf. Idem., pp. 188-190.

³³² Cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...”, *op. cit.*, pp. 663-64.

o direito à vida) aquele núcleo essencial deve ser avaliado num juízo de ponderação em que pesam a gravidade do crime e os valores jurídicos tutelado pela lei penal”³³³.

Concluindo o mesmo Tribunal assenta: “o respeito pela dignidade e intimidade de cada cidadão acaba quando o mesmo desrespeita a dignidade dos outros cidadãos e os valores fundamentais prosseguidos pelo Estado como é o caso da funcionalidade da justiça penal. É, quanto a nós, incontornável o pressuposto de que dificilmente se pode afirmar um núcleo inviolável de dignidade a respeitar quando o que está em causa é a perseguição penal do agente que coloca em causa direitos fundamentais como é a vida dos seus concidadãos (por exemplo a leitura do diário íntimo do *serial killer* revelando a sua psicopatia, ou a situação da desresponsabilização do injustamente condenado)”³³⁴.

Assim sendo, a jurisprudência vem mostrando, de forma relativamente ampla, que, para além de um núcleo irredutível dotado de uma proteção absoluta contra a intromissão estatal no núcleo intangível da intimidade da pessoa, há-de admitir também que esta proteção máxima poderá ser afastada pela autorização legal, contudo não basta apenas que a lei autorize a apreensão daquele elemento probatório, é imprescindível que se verifique no caso concreto a ponderação de valores individuais, fundando-se na necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da intromissão, e que esta intromissão se justifique diante dos interesses coletivos de uma perseguição penal eficaz, sobretudo quando aquele elemento probatório sirva de como prova de um crime, cuja gravidade dos valores protegidos faça prevalecer uns sobre outros³³⁵, isto é, nenhum

³³³ Cf. Ac. STJ n.º 886/07.8PSLB.L1.S1.

³³⁴ Cf. Ac. STJ n.º 886/07.8PSLB.L1.S1.

³³⁵ No direito processual penal alemão, o âmbito privado da personalidade é protegido contra as intromissões do estado, contudo deve ser ponderada quando houver interesse estatal na investigação da verdade no processo penal. Assim, a intromissão na vida privada só pode ser admitida somente até o limite ditado pela lei. Para uma análise na doutrina alemã ver, Cf. CLAUS ROXIN, *Pasado, presente y futuro...*, *op. cit.*, p. 109;

Em síntese, a jurisprudência e doutrina portuguesa entende que “Assim, na proficiente síntese elaborada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional, Ac. 594/03, pode afirmar-se que tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que o direito à reserva da intimidade da vida privada não deixa de redundar na tutela jusfundamental de uma “esfera pessoal íntima” (cf. os Acórdãos n.ºs 456/93 e 355/97, publicados, respectivamente, no Diário da República I-A Série, de 9 de Setembro de 1993 e de 7 de Maio de 1997) e “inviolável” (cf. o Acórdão n.º 319/95, publicado no Diário da República II Série, de 2 de Novembro de 1995), de “*um núcleo mínimo onde ninguém penetre salvo autorização do próprio titular*” (cf. Acórdão n.º 264/97), que abrange, “*no âmbito desse espaço próprio inviolável*” (cf. Acórdão n.º 355/97), *inter alia*, os aspectos relativos à vida pessoal e familiar da pessoa, designadamente, “os elementos respeitantes à vida (...) conjugal, amorosa e afectiva da pessoa (tais como, por exemplo, os projectos de casamento e separação, as aventuras amorosas, as amizades, afeições e ódios)” Cf. Ac. Supremo Tribunal de Justiça 886/07.8PSLSB.L1.S1.; para uma análise detalhada na doutrina portuguesa ver: também em JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos...”, *op. cit.*, e MARIA FERNANDA PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...” *op. cit.*

direito fundamental é absoluto, visto encontrar seus limites nos demais direitos consagrados pela Constituição.

É do interesse geral da coletividade que a perseguição penal se realize de forma eficiente e justa. A lei utiliza de certos argumentos para recorrer a medidas restritivas de investigação, como os crimes de alta gravidade³³⁶ ou crimes catalogados³³⁷ pela sua natureza reprovável ou, ainda, pelo grau de suspeita³³⁸ e provável sanção. Desta feita, somente os interesses coletivos na perseguição penal não são suficientes para fundamentar uma intrusão na tutela protegida da intimidade do cidadão; como ensina FIGUEIREDO DIAS, o interesse social na prevenção e repressão da criminalidade, embora essencial, tem que ter limites para não ultrapassar a dignidade humana mesmo “do mais brutal delinquente”³³⁹. Contudo, FIGUEIREDO DIAS afirma que “ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário”. Portanto, através desta “ponderação” e da “justa decisão do conflito”, que seria possível anular as chances de abuso do poder, limitando os poderes do estado e equilibrando com as forças da comunidade. Por fim, ainda FIGUEIREDO DIAS: “aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado de direito(...)”³⁴⁰.

Por outro lado, a gravidade do crime em questão, requer a utilização de meios processuais que satisfaça eficazmente a perseguição criminal. Contudo, o alcance do crime por si só não justifica os meios utilizados na sua busca, sendo também necessário que o grau de lesividade do ilícito justifique a utilização daquele meio mais gravoso.

³³⁶ “Quanto mais grave for o crime tanto maior é o interesse geral da coletividade no seu esclarecimento e castigo” Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juíz das liberdades...*, op. cit., p. 261.

³³⁷ “No que respeita à regulamentação de métodos ocultos de investigação criminal restritivo de direitos fundamentais, caberá ao legislador estabelecer, em função da gravidade do método, uma filtragem do tipo de crimes e das condições da sua prática susceptíveis de justificarem a concreta restrição abrangida pela sua previsão. Daí que, entre os critérios utilizados, se recorra frequentemente um catálogo de crimes aptos a desencadear o recurso a certos tipos de métodos, quer em função da sua gravidade, quer em função da sua absoluta indispensabilidade para a prova do ilícito.” Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Método ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, op. cit., p. 228.

³³⁸ “Quanto mais fortes forem os indícios, menores serão também as probabilidades de a realização de medidas de ingerência atinjam inocentes” Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juíz das liberdades...*, op. cit., p. 261.

³³⁹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 59; do mesmo autor, “O processo penal português...”, op. cit., p. 813.

³⁴⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 59.

FIGUEIREDO DIAS acredita que, diferentemente da criminalidade “geral”³⁴¹, encontrar o equilíbrio entre os interesses conflitantes para a grande e nova criminalidade deve ser “outro”, “aqui, as “vítimas”, na acepção ampla em que delas venho falando, têm um direito indeclinável a uma proteção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual ”³⁴². Continuando o pensamento do mesmo autor, um equilíbrio “com uma dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso [...] com respeito pelo núcleo irreduzível da dignidade humana [...], exigência jurídico-constitucional de não diminuição, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, “da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” em matéria de direitos, liberdades e garantias, e portanto, também daqueles que pertencem à chamada Constituição Processual Penal”. Concluindo, o autor acredita que, “através de uma e de outra limitação ficarão preservados, na maior medida possível, os princípios processuais penais clássicos, próprios de um estado de Direito”³⁴³.

Em um Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da possibilidade de restringir direitos fundamentais dos cidadãos tem que se fundar em matéria robusta, caso contrário, estaria ele mesmo cometendo crimes. Assim, ressalta JOÃO CONDE CORREIA que “de facto, não parece legítimo que o Estado, embora no intuito de perseguir criminosos, pratique ele próprio crimes, por vezes, ainda mais graves”. Especialmente, assinala o mesmo autor, “quando o criminoso pode ser afinal um inocente e este poder utilizado para fins menos louváveis”. Concluindo, “Se assim fosse a própria legitimação da pena sairia frustrada; pois esta não serve para confirmar a validade e a vigência das normas jurídicas e dos valores por elas cristalizados, se for lograda à causa da violação das mesmas”³⁴⁴.

Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS reforça que “o processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências

³⁴¹ Mesmo quando a criminalidade seja grave ou muito grave a “doutrina deve prosseguir o caminho que vêm trilhando de afinamento da compatibilidade entre os novos métodos de investigação e de obtenção de prova com os princípios constitucionais (princípio estrito de proporcionalidade, de autodeterminação pessoal, de reserva da vida privada, etc.) e processuais penais (reserva de lei e de juiz, lealdade processual, suspeita fundada, contraditório, oralidade, mediação, entre outros) Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *O processo penal português...*, op. cit., p. 812.

³⁴² Cf. *Ibidem*.

³⁴³ Cf. *Ibidem*. Idem., pp. 812-813.

³⁴⁴ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, op. cit., p.158.

comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual”³⁴⁵, para garantir tais soluções “aquelas podem postular, em verdade, uma “agressão” na esfera desta; agressão a que não falta a utilização de meios coercivos (prisão preventiva, exames, buscas, apreensões) e que mais difícil se torna de justificar e suportar por se dirigir a meros “suspeitos” – tantas vezes inocentes – ou mesmo a “terceiros” (declarantes, testemunhas e até pessoas sem qualquer participação processual)”³⁴⁶.

O recurso à restrição de direitos e garantias dos cidadãos não pode ser visto como um “*primado da eficácia do sistema*”³⁴⁷. O Direito Penal tem de tratar “uma pessoa como pessoa”³⁴⁸, na medida em que as restrições “só são possíveis desde que a pessoa não perca a sua dignidade”³⁴⁹. Quer dizer, “desde que não passe “da pessoa como garantia face ao Estado” (que nos legou a revolução Francesa) ao “objeto perseguido” (da Idade Média ou outros momentos da história)”^{350/351}.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e inultrapassável, não podendo ser condicionado pelas intervenções do poder público – mesmo nas tarefas essenciais do Estado³⁵². Além daquele compromisso ético-jurídico³⁵³ de caçar a verdade

³⁴⁵ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 59.

³⁴⁶ Cf. *Ibidem*.

³⁴⁷ Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança”, ..., op. cit., p. 84.

³⁴⁸ Cf. *Ibidem*.

³⁴⁹ Cf. *Ibidem*.

³⁵⁰ Cf. *Ibidem*. Quanto a evolução histórica e o caminho que Portugal trilhou nesta matéria ver pp. 85-93.

³⁵¹ Esta forma de tratar os delinquentes vem a muito tempo sendo formada pela doutrina, sobretudo após o “Direito Penal do Inimigo” de GÜNTHER JAKOBS, em 1985. De acordo com sua visão, há dois tipos de indivíduos: Os que praticam crimes de baixa ou média gravidade mas podem ser ressocializados e integrados ao Estado – “Os Cidadãos”; e os que praticam crimes de alta gravidade ou participam da criminalidade altamente organizada e complexa – “os Inimigos”. Estes por não aceitar o Direito, negar-se à o Direito. Não podendo beneficiar-se dos benefícios os indivíduos que violam tão gravemente e não respeita a Democracia. Recaindo sobre eles medidas excepcionais. Cf. GÜNTHER JAKOBS/MANUEL CANCIO MELIÁ, *Direito penal do inimigo*, Noções e Críticas, Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁵² “(...)a busca da verdade material é, no processo penal, um dever ético e jurídico. É que o Estado, como titular que é do *ius puniendi*, está interessado em que os culpados de actos criminosos sejam punidos; só tem, porém, interesse em punir os verdadeiros culpados: satius esse absolvi innocentem damnari – sentenciavam os latinos.” Cf. Acórdão Tribunal Constitucional 578/98.

³⁵³ Cf. CASTANHEIRA NEVES o processo penal é orientado por duas finalidades principais não só jurídico-processual, como ainda ético-jurídica, propõe-se ainda “tanto averiguar e condenar os culpados criminalmente, como defender e salvaguardar os inocentes de perseguição e condenações injustas”. Ainda o mesmo autor “o processo criminal deverá orienta-se, por outro lado, pela válida conciliação de dois princípios ético jurídicos fundamentais: “o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica – ou seja, do sistema de valores ético-jurídicos que informam a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal –, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, ou seja, os direitos irredutíveis da pessoa humana”³⁵³, deste modo direito processual criminal deve prescrever e atuar-se em termos de se oferecer como um instrumento jurídico para um combate válido e eficaz contra o crime, pela realização do direito criminal. Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, op. cit., pp. 7-8.

material, persevera também um outro dever ético-jurídico, tanto quanto importante, de banir certos recursos na investigação criminal³⁵⁴.

Logo, a perseguição penal não pode ultrapassar os limites intrínsecos da dignidade da pessoa humana, e dele decorrentes (integridade moral, física, limites da inviolabilidade da vida privada, correspondência, domicílio, telecomunicações), só podendo, em certos casos, pela via da ordem judicial.

Na prática, a validade do sacrifício aos direitos fundamentais, em função de outros valores, deverá de obedecer aos critérios de proporcionalidade, primeiro pelo legislador e depois pelos aplicadores da lei.

A lei restritiva em matéria de direitos fundamentais consagradas na Constituição nos n.ºs 2 e 3 do art.18.º estabelece conjuntamente um conjunto de pressupostos essenciais para validar a restrição de direitos, sendo consagrado expressamente o princípio da proporcionalidade no artigo 19.º. No artigo 125º do CPP, está disposto que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”, contudo o entendimento deve ser mais abrangente não limitando ao catálogo legal, acrescido também aos meios de obtenção de prova atípicos, desde que não estejam vedados por lei, afastando, contudo, aquela máxima de que toda prova é válida, desde que o método de sua recolha esteja determinado pelo artigo 126º do CPP.

O aplicador do direito está adstrito à aplicação da lei – *reserva da lei*, devendo respeitar um conjunto de variáveis de carácter material-substantivo, e outras de natureza formal-procedimental³⁵⁵. Como aduz COSTA ANDRADE, referenciando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, “a lei deve permitir identificar com rigor e segurança tanto o bem jurídico ou o direito fundamental lesado ou atingido como o teor do respectivo sacrifício. Por via disso, uma exigência de importância e relevo crescente, a vista do progresso tecnológico, a oferecer permanentemente novos meios – ocultos – de investigação. E cujas produção e valoração serão ilegais e ilegítimas, enquanto não for

³⁵⁴ Cf. Ac. 886/07.8PSLSB.L1.S1 Supremo Tribunal de Justiça “Portanto, a perseguição penal em busca da verdade material não pode ultrapassar certos limites impostos por lei, principalmente pelos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, integridade moral, física, limites da inviolabilidade da vida privada, correspondência, domicílio, telecomunicações e demais outros que só podem ser ultrapassados por previsão legal.”

³⁵⁵ “Catálogo de crimes, grau de suspeita, subsidiariedade, autorização/ordenação por autoridade competente e informação da pessoa atingida depois de terminada a medida” Cf. COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação...”, *op. cit.*, p. 545.

adoptadas nova e pertinente lei de autorização³⁵⁶. Além disso, a lei deve demarcar com clareza a medida da agressão permitida e, ainda, prever e prescrever de forma precisa o fundamento, o fim e os limites da intromissão³⁵⁷. Portanto, sendo a lei pressuposto insuperável, as omissões da lei não podem ser traspostas pela analogia, nem mesmo pela invocação a Constituição³⁵⁸. Sendo assim, a reserva da lei demarca o espaço de atuação do aplicador do direito, orientando as relações entre a Constituição e a lei, servindo de “injunção” constitucional destinada ao legislador, restringindo o alcance e condicionando sentido das leis.³⁵⁹ Desta feita, diante da natureza invasiva dos direitos fundamentais, pelos métodos ocultos de investigação, estes devem estar restritos à reserva da lei, não sendo de qualquer forma admissível um método oculto análogo aos tipificados pela lei.

Discutida a vinculação estrita de uma medida restritiva de direito à lei (entre elas os métodos ocultos de investigação), conseqüentemente, deve-se abordar quem deve ordenar ou autorizar tais recursos. De pronto, para prevenir abusos de utilização, a investigação oculta deve ser procedida pela *reserva do Juiz*, pois é pelas “mãos do Juiz que as soluções legais conhecem a conformação definitiva”³⁶⁰. Assim, quando surja em um caso concreto a necessidade de utilização a um método restritivo, cabe ao Juiz (de instrução, haja vista que normalmente é na fase de inquérito a utilização destas medidas)³⁶¹, mediante proposta do MP, deliberar sobre o cumprimento dos pressupostos jurídicos legais, bem como decidir fundamentadamente sobre a proporcionalidade da medida e quais medidas são mais adequadas diante daquele caso concreto³⁶². Neste entender, COSTA ANDRADE salienta que “só a partir do caso concreto e em resposta ao caso concreto se poderá

³⁵⁶ Cf. COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no verão passado*”..., *op. cit.*, p. 112.

³⁵⁷ Cf. *Idem.*, p. 113.

³⁵⁸ “O campo de abertura da lei constitucional a uma mais ou menos alargada compressão dos direitos fundamentais só pode ser actualizado mediante intervenção do legislador originário.”, Cf. COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação...”, *op. cit.*, p. 541.

³⁵⁹ Cf. *Idem.*, p. 545.

³⁶⁰ Cf. *Idem.*, p. 547.

³⁶¹ A dicotomia da utilização de métodos ocultos na fase de inquérito ou julgamento foi debatida em uma anotação ao primeiro caso do diário, concluindo pela inexistência de um critério seguro. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos...”, *op. cit.*, p. 153.

³⁶² “Trata-se fundamentalmente de assegurar a *tutela preventiva* dos direitos de uma pessoa (normalmente o arguido) exposta à invasão e a devassa e sem qualquer possibilidade de assegurar a sua própria defesa. Além do mais trata-se de medidas cuja danosidade é certa (e drástica) e cujas vantagens são incertas e aleatórias. Tudo a justificar, por isso, a intervenção de uma autoridade independente e neutra.” Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no verão passado...*”, *op. cit.*, p. 117.

actualizar o sentido normativo de princípios operativos como a ponderação de interesses e a proporcionalidade, na medida em que hajam de ser pertinentemente invocados”³⁶³.

No caso concreto, o Juiz, primeiramente, terá de demonstrar materialmente que a intromissão não é abusiva, uma vez que o conteúdo da prova obtida, só poderá ser valorada quando a intromissão for materialmente fundamentada. Nesta esteira JOÃO CONDE CORREIA, a respeito dessa situação, assenta que o Juiz no caso concreto, deverá ponderar a necessidade de utilização do conteúdo da prova obtida, toda via “só o deverá usar quando ele for importante para a descoberta da verdade, caso já tenha verificado a culpabilidade, ou esta puder ser estabelecida, com o uso de recurso menos gravoso ao arguido, não será necessário utiliza-lo”³⁶⁴. Em outras palavras, e remetendo aos casos do diário íntimo, o mesmo autor discorre: “o uso de um diário será, assim, proibido, mesmo que esteja perante o mais grave dos crimes, sempre que a prova desse facto seja possível mediante a utilização de outros meios menos gravoso para o arguido. Segundo a terminologia constitucional: ele não é necessário para salvaguarda dos interesses da perseguição criminal (art.18.º, n.º 2 da CRP)”³⁶⁵. Ademais, o Juiz deverá ainda analisar se o conteúdo é adequado ao caso concreto, se a suspeita é baseada em uma infração em concreto, se é ainda baseado na plausibilidade ou probabilidade³⁶⁶, ou seja, se o conteúdo condiz com narrativa dos fatos direta ou indiretamente e serve para provar aqueles fatos. Só assim a intromissão não é abusiva³⁶⁷. Por fim, deve ainda o juiz confirmar a proporcionalidade da intervenção, isto é, analisar a “gravidade do crime, a sua natureza específica, o tipo de bem jurídico em causa, as hipóteses de continuação da atividade criminosa e os interesses da própria vítima”³⁶⁸. Finaliza JOÃO CONDE CORREIA “quanto maior for a gravidade do crime, menores devem ser os obstáculos colocados à valoração deste tipo de registos”³⁶⁹. Por fim, o magistrado deve, ainda, ter cuidado com a

³⁶³ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de provas...*, *op. cit.*, p.115.

³⁶⁴ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos...”, *op. cit.*, p.153.

³⁶⁵ Cf. *Ibidem.*, Idem., pp. 153-154.

³⁶⁶ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no verão passado...*”, *op. cit.*, p. 114.

³⁶⁷ Voltando a utilizar o caso dos diários, “a devassa do diário só terá interesse se puder contribuir, de forma directa ou indirecta, para a prova daqueles factos. Sempre que não for assim, a intromissão é abusiva, inútil e redundante em mera consucelhe.” Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos...”, *op. cit.*, p. 154.

³⁶⁸ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas a utilização de diários íntimos...”, *op. cit.*, p. 154.

³⁶⁹ Cf. *Ibidem.*

proveniência das pessoas; o Direito a privacidade varia consoante os grupos, família, cultura, país, a própria pessoa e a época³⁷⁰.

A consequência dessa ausência de critério leva à insegurança e é prejudicial para ambos os lados que medem força e que quase nunca satisfaz a perseguição penal nem o indivíduo³⁷¹. De um lado, os interesses individuais; do outro, a perseguição penal. Estes não sabem como proceder e os primeiros não percebem até onde vai as garantias dos seus direitos a intimidade. De um lado, o argumento da segurança e a prevenção de perigo, para fundamentar, certas vezes, os seus paradoxos penais; do outro lado, o entender de uma verdadeira *privacy* inviolável. A doutrina, jurisprudência e legisladores necessitam criar fórmulas para delimitar a proteção da área nuclear da intimidade inviolável, e criar métodos de aplicação da proporcionalidade a limites determinados, mesmo acreditando que os critérios de ponderação não deverá se esgotar na base legal, mas sim no caso concreto e a critérios da ponderação na decisão judicial sensata; concordamos assim com JOÃO CONDE CORREIA na medida em que “só com uma intervenção legislativa clara poderá colmatar esta lacuna e propiciar as condições indispensáveis para uma maior segurança jurídica: infelizmente essa não parece ser, pelo menos por enquanto, a intenção do nosso legislador”³⁷². Portanto, face a ausência de critérios estabelecidos num regime geral defasado e atrasado diante de uma criminalidade evoluída, somos no sentido de o recurso a formas ocultas de investigação ir ao ritmo do progresso e das constantes inovações tecnológicas.

Ademais, é necessário a determinabilidade das lei e normas restritivas aos cidadãos, para que estes saibam o que podem fazer e até onde vão suas margens de atuação, o que podem legitimamente esperar das intervenções do Estado na sua esfera pessoal, como fator de garantia da proteção e segurança jurídica³⁷³. Ou seja, a lei deve determinar com precisão – de forma clara e fundamentada – o início, o fim, e os limites da intromissão, pois os cidadãos já são acometidos de sofrer uma devassa em sua vida por não terem

³⁷⁰ Cf. VITOR CORREIA, “Sobre o direito à privacidade”, *op. cit.*, p. 24.

³⁷¹ Cf. ERNEST BELING, KAI AMBOS/ÓSCAR JULIAN GUERRERO, *Las prohibiciones probatorias, Las prohibiciones de utilizacion de pruebas em el proceso penal alemán*. Editorial Temis: Bogotá Colombia, 2009 p. 61; KAI AMBOS, *O processo acusatório...* *op. cit.*, p. 83.

³⁷² Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova...”, *op. cit.*, p. 156.

³⁷³ Cf. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, *op. cit.*, p. 191.

conhecimento da medida, antes, durante a execução, tornando-se completamente impotentes diante da invasão por não poder reagir aquele fato.

Conclusões

É inegável que a internet é o elemento fundamental da “sociedade da informação”, incumbindo-lhe um papel fundamental na vida das pessoas e do Estado, o qual é desempenhado com maestria e rapidez, tendo em vista a colaboração em diversas tarefas elementares do cotidiano da sociedade, encurtando a distância entre os indivíduos inclusive aproximando pessoas de criminosos que utilizam daquele meio para delinquir.

O Estado deve estar atento à peculiaridade do mundo virtual e desenvolver meios para encurtar também a distância entre a justiça e os criminosos. Contudo, através da utilização de novos métodos sem uma regulamentação específica poderá obter o inverso e devassar a intimidade dos cidadãos inocentes. Logo, somente com uma regulamentação adicional, juntamente com as já existentes e garantidas constitucionalmente, pode-se afirmar uma proteção ao direito fundamental realmente garantido na internet.

A preocupação que temos com a ausência de uma dogmática específica para o ambiente digital, está na possibilidade de pessoas inocentes sofrerem uma condenação indesejada a partir de um processo submetido a analogia. Portando, face a divergência neste assunto, é necessário a criação de novas normas jurídicas em matéria de métodos ocultos de investigação, sobretudo na forma oculta em meio virtual, criando regimes independentes e autossuficientes que permitam satisfazer os anseios de um novo tipo de criminalidade. Ou seja, resta a doutrina, jurisprudência e legislador acompanhar a evolução da sociedade e dos criminosos e contemplar um regime específico para um mundo específico.

Em um meio de enormes proporções, de estrutura complexa, e comumente regido pelo anonimato, é quase impossível obter eficiência na persecução penal sem uma ingerência nos direitos fundamentais. A utilização a métodos ocultos de investigação apresenta-se com uma forma viável, até mesmo indispensável, na identificação de criminosos e obtenção de prova no ciberespaço, dos crimes cometidos ou dos que estão a ser planeados, tanto na prevenção como na repressão, possibilitando a redução das dificuldades impostas pelos delinquentes, sobretudo das organizações altamente organizadas.

A obtenção de prova mediante utilização de métodos ocultos mesmo que seja em cumprimento dos requisitos legais formais, por si só não formaliza a sua validade. Para a admissibilidade e valoração de prova é necessária a análise de uma sequência de requisitos a serem ponderados principalmente quanto a gravidade do crime, necessidade do meio de prova, a sua adequação e perigo na continuidade delituosa e ainda um especial cuidado na razoabilidade da sua valoração. E, na ocasião se uma ingerência o cidadão pode recorrer as proibições de provas como garantias a equiparar as armas, entre os poderes do Estado e os Direitos dos cidadãos.

A prova obtida nas redes sociais, quando as informações estiverem tuteladas pela esfera de privacidade do visado, a investida pelo Estado somente será legitimada se a prova for obtida de forma legal, isto é, se houver uma ordem judicial que respeite no caso concreto a proporcionalidade e razoabilidade da medida. E ainda, devido a sensibilidade da prova de cunho íntimo a sua valoração em processo penal deverá ser submetida a uma segunda ponderação dos interesses conflitantes.

No que toca ao âmbito de proteção do direito à privacidade, é fundamental delimitar as áreas de proteção da privacidade, devendo-se identificar cada esfera de proteção e reconhecer a existência de um núcleo protegido; um espaço de proteção que vai perdendo força à medida que se afasta do núcleo privado e inviolável, é essa definição que orientará no caso de uma colisão entre direitos fundamentais. Caso a prova esteja em uma esfera confidencial do investigado, esta não pode ser usada nem valorada independente do conteúdo: implica, portanto, proibição absoluta. Todavia, o direito à privacidade não é ilimitado e deve haver uma ponderação face os interesses subjacentes à persecução penal.

Em matéria como a nossa, se as circunstancias do caso concreto, diante da sua complexidade e gravidade do caso, acarretar o recurso a uma ação encoberta que implique uma ingerência nos direitos da privacidade, até mesmo do núcleo mais profundo, será justificada desde que sempre seja autorizada e fundamentada legalmente em conforme o princípio da proporcionalidade e adequada ao caso concreto, sendo vedado o recurso da provocação em qualquer caso.

No que cabe a regulamentação dos meios de obtenção de prova ocultos, é necessário o legislador estabelecer em função da gravidade do método, uma seleção de tipos de crimes, e condições da pratica capaz de justificar a invasão nos direitos do visado.

Somente em função disto, é viável a utilização deste método sob a indispensabilidade para obtenção de prova. Portanto, cabe ao legislador buscar justificativas para fundamentar a utilização de métodos ocultos no caso concreto podendo recorrer as fórmulas já previstas no Código de Processo Penal, nas Legislações específicas e na Lei do Cibercrime.

Logo, não é necessário apenas a mera suspeita do cometimento de um crime do catálogo, nem somente a gravidade do crime, a admissibilidade terá de depender da verificação em concreto de uma suspeita fundada, baseada em casos concretos, da ocorrência de um crime, para a utilização a uma ação encoberta, juntamente com uma ponderação de valores afetados, para justificar diante da situação específica.

Por fim, o Estado de Direito parece preparado para responder as situações de risco a sociedade, intervindo quando necessário na prevenção e repressão de crimes. O que nos parece fundamental é que esta intervenção se encontre prevista em lei e que a previsão legal se funde nos critérios de necessidade, adequação e de proporcionalidade, protegidos pela ordem jurídico-constitucional para justificar as restrições de direito. Por outro lado, o Estado de Direito não pode se converter em um estado autoritário. Desta forma, conforme AUGUSTO SILVA DIAS, “para não minar seus próprios alicerces, o Estado de Direito deve manter-se fiel ao seu ideário estribando as medidas severas contra o crime organizado num equilíbrio reflexivo entre garantias e eficácia”³⁷⁴.

³⁷⁴ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado”, in: *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte/Maria Clara Calheiros/Fernando Conde Monteiro/Flávia Novera Loureiro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 708.

Bibliografia

ALBRECHT, HANS-JÖRG,

- “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in: AA.VV. *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE,

- *A reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra: Almedina, 2003.
- *Comentários do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXY, ROBERT,

- “A construção dos direitos fundamentais”, in *Direito & Política*, n.º 6, Loures, (Fev. – Abr. de 2014).

ALMEIDA, JOÃO PINA GOMES DE,

- *Informadores, agentes infiltrados/encobertos e criminosos arrependidos no combate ao crime organizado*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Orientador: Prof.^a. Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa: F.D.L, 2003.

ALVES, CATARINA ABEGÃO,

- “Agente infiltrado ou provocador? um problema de proibição de prova à luz do caso teixeira de castro v. portugal”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16, (Outubro-Dezembro de 2013).

AMBOS, KAI,

- *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008: Leis 11.689, 11.690 e 11.719* (Kai Ambos/Marcellus Polastri Lima), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA,

- “*Bruscamente no verão passado*”, *a reforma do código de processo penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in: *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte/Maria Clara Calheiros/Fernando Conde Monteiro/Flávia Novera Loureiro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANFYFANTIS, SPIRIDON NICOFOTIS.

- *A captação de imagens como prova no processo penal*, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de direito de Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2004, [em linha], acesso em 15.06.2018, disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/6866/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Spiridon%20Nicoftis%20Anyfantis%20-%202004.pdf>.

ASENSIO, PEDRO ALBERTO DE MIGUEL,

- *Derecho privado de internet*, Tercera Edición actualizada, Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

BELING, ERNEST/AMBOS, KAI/GUERRERO, ÓSCAR JULIAN,

- *Las prohibiciones probatorias, Las proibições de utilizacion de pruebas em el processo penal alemán*. Editorial Temis: Bogotá Colombia, 2009.

BRADLEY, CRAIG M.,

- *The exclusionary rule in Germany*, Articles by Maurer Faculty. Paper 956, 1983, [em linha], acesso em 15.06.2018, disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956/?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F956&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages;

BRAZ, JOSÉ,

- *Investigação criminal, a organização, o método e a prova, os desafios da nova criminalidade*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013.

CABRAL, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS / GRAÇA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA / GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES / COSTA, EDUARDO MAIA / OLIVEIRA, ANTÓNIO JORGE DE / MADEIRA, ANTÓNIO PEREIRA,

- *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014.

CABRAL, RITA AMARAL,

- “O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil”, In: *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: FDL, 1989.

CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL,

- *Constituição da República Portuguesa Anotada* - 2.^a ed. rev. ampliada, Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007-2010.

CANOTILHO, J.J. GOMES,

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHRISTAKIS, NICHOLAS A. / FLOWLER, JAES H.,

- *Conectados, El sorprendente poder de las redes sociales y como nos afectan*, Tradución espanhola, Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2010, [em linha], acesso em 12.09.2018, disponível em: <https://catedradatos.com.ar/media/2.-Christakis-Nicholas-A.-Conectados.pdf.pdf>.

CORREIA, EDUARDO,

- *Direito Criminal*, Vol. II, Reimp., Coimbra: Almedina, 1993.

CORREIA, JOÃO CONDE,

- “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em

- *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CORREIA, VITOR,

- “Sobre o direito à privacidade”, in: AA.VV. *O direito (Dir. Jorge Miranda)*, Ano 146.º, Lisboa: Almedina, 2014.

COSTA, EDUARDO MAIA,

- “Ações encobertas (alguns problemas, algumas sugestões)”, in: AA.VV. *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, 1.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- “Agente provocador/agente infiltrado, comentário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002”, in: *Revista do Ministério Público*, Ano 24, n.º 93, (jan-mar de 2003).
- “Comentários”, in: *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n.º 81, (jan-mar de 2000).

DIAS, AUGUSTO SILVA,

- “Criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte/Maria Clara Calheiros/Fernando Conde Monteiro/Flávia Novera Loureiro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO,

- “O processo penal português: prospectivas e problemas”, AA.VV. *Que Futuro para o processo penal? Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- “Para uma reforma global do processo penal português, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in: *Ciclo de Conferências no Concelho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1986.
- “Por onde vai o processo penal português: por estradas ou por veredas?”, in: *As Conferências do Centro de Estudos Judiciários, [coord.] António Pedro Barbas Homem*, Coimbra: Almedina, 2014.

— *Direito Penal: Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

— *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimp. 2004).

DRUMMOND, VICTOR GAMEIRO,

— *Internet Privacidade e Dados Pessoais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FARINHO, DOMINGOS SOARES,

— *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNANDES, FERNANDO,

— *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001.

FRANCISCO, ANA RITA FELIZARDO,

— *A comunicação das marcas no facebook, características visuais e de interação*, dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à Universidade de Lisboa, 2015, [em linha], acesso em 12.10.2018 disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/23515/2/ULFBA_TES_899.pdf.

FURTADO, FRANKLIM,

— “O agente infiltrado”, In: *Direito e Cidadania*, ano V, n.º 16/17 (setembro de 2002/abril de 2003).

GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES,

— “As ações encobertas e o processo penal, Questões sobre a prova e o processo equitativo”, in: AA.VV., *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GONÇALVES, FERNANDO / ALVES, MANUEL JOÃO / VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES,

— *O novo regime jurídico do agente infiltrado, Comentado e Antado- Legislação Complementar*, Coimbra: Almedina, 2001.

GONZALES-CASTELL, ADÁN CARRIZO,

— “El agente infiltrado em España e Portugal, Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales”, in: *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Almedina, 2009.

GÖSSEL, KARL HEINZ,

- “La búsqueda de la verdade en proceso penal. Aspectos juridico-constitucional y politico-criminales”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 45, Madrid: Edersa, 1991.

GUERRA, SIDNEY CESAR SILVA,

- *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*, Rio de Janeiro: América jurídica, 2004.

JAKOBS, GÜNTHER / CANCIO MELIÁ, MANUEL,

- *Direito penal do inimigo, Noções e Críticas, Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESCHECK, HANS-HEINRICH / WEIGEND, TOMAS,

- *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 5.^a ed., Granada: Diciembre, 2002.

JUSTO, ANA RITA DE MELO,

- “Proibição de prova em processo penal: o agente provocador Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LEITE, INÊS FERREIRA,

- “O novo regime das escutas telefónicas. Uma visão panorâmica da reforma de 2007”, In: *Direito da investigação criminal e da prova* (coord. Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2014

MARTINS, A. G. LOURENÇO,

- “Luta contra o tráfico de droga – necessidade da investigação e sistema garantístico”, in: *Revista do Ministério Público*, ano 28, número 111, (jul-set de 2007).

MARTINS, A. G. LOURENÇO,

- *Droga e Direito: legislação, jurisprudência, direito comparado, comentários*. Lisboa: Aquietas: Editorial Notícias, 1994.

MATA, FREDERICO BUENO DE,

- “El agente encubierto em internet: metiras virtuales para alcanzar la justicia”, in *Actas del IV Congreso Galego de Derecho Procesal (I internacional)*, A Coruña,

2 y 3 de junio de 2011, p. 297 [em linha][acesso em 21.10.2018], disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4036206&orden=362096&info=link>.

MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA,

— *Juíz das Liberdades – Desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011.

MATOS, JOAQUIM CELESTINO CARREGA DE,

— *O Agente Infiltrado como Meio de Obtenção de Prova e Consequentes Danos na Sociedade*, Dissertação de Mestrado para obtenção de grau de mestre em direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015, [em linha], acesso em 26.08.2018, disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1843/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%201111.pdf>.

MEIREIS, MANUEL AUGUSTO ALVES,

— “Homens de confiança”. Será o Caminho?”, in: AA.VV. *II Congresso de Processo Penal. Memórias* (coord: Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006.

— *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2009.

MENDES, PAULO DE SOUSA,

— “As proibições de prova no processo penal”, Separata da Obra: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004.

— *As proibições de prova no processo penal*, In: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais* (org. faculdade de direito da Universidade de Lisboa e concelho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Com colaboração do Goethe institut e coord. Científica de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004.

— *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina, 2013.

MESQUITA, PAULO DÁ,

— *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI,

— *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

— *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a ed. revista atualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORÃO, HELENA,

— “O efeito-a-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminal*, Ano 16, n.º 4, (outubro-Dezembro de 2006).

MORGADO, MARIA JOSÉ / VEGAR, JOSÉ,

— *O inimigo sem rosto, fraude e corrupção em Portugal*, Lisboa: Dom Quixote, 2003.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA,

— *Sumários de processo criminal*, Lições do Dr. Castanheira Neves, Coimbra, s/ed., 1968.

NOVAIS, JORGE REIS,

— *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, (reimp. 2014).

— *Direitos fundamentais, triunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, DUARTE ALBERTO RODRIGUES,

— *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada: Contributo para uma adequação do Direito português às exigências de uma resposta eficaz à criminalidade organizada em matéria de utilização de métodos “ocultos” de investigação criminal*, Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: FDL, 2015.

— *Os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime*, Coimbra: Gestlegal, 2018.

ONETO, ISABEL,

— *O Agente Infiltrado, Contributo Para Compreensão do Regime das Ações Encobertas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PALMA, MARIA FERNANDA,

- “Tutela da vida privada e processo penal (Soluções para o conflito de valores na jurisprudência constitucional)”, in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PEREIRA, RUI,

- “A crise do processo penal”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25, (jan.-mar.), Lisboa, 2004.
- “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in: AA.VV., *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

PINHEIRO, ALEXANDRE DE SOUSA,

- *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa: AAFDL, 2015.

PINTO, ANA,

- *Investigação criminal com recursos a meios telemáticos: em especial, as buscas online e agente infiltrado online*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Augusto Silva Dias, Lisboa, 2015.

PIRES, LUCAS DE ALMENDRA FREITAS,

- *Direito à privacidade no âmbito da sociedade da informação: reflexões em torno da questão nos inícios do século XXI - Portugal* 2014, p. 29, [em linha], acesso em 22.08.2018, disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34844/1/Direito%20a%20privacidade%20no%20ambito%20da%20sociedade%20da%20informacao%20reflexoes%20em%20torno%20da%20questao%20nos%20inicios%20do%20seculo%20XXI.pdf>

PRADO, GERALDO,

- *Sistema Acusatório, a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 4.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RAMALHO, DAVID SILVA,

- “A investigação Criminal na *Dark Web*”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano IV, n.º 14/15, Coimbra: Almedina, 2013.
- “O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16 (out-dez), 2013.
- *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

ROXIN, CLAUS,

- “Posición jurídica y tareas futuras del ministerio publico”, in: *El ministerio publico en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, [em linha], acesso em 07.09.2018, disponível em: <http://nparangaricutiro.gob.mx/Libros/33.-%20El%20Ministerio%20P%C3%BAblico%20En%20El%20Proceso%20Penal%20-%20Maier,%20Juli.pdf>.
- *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, (trad. castelhana de Carmen Gómes Rivero/Maria del Carmen García Cantizano), Valencia: Titant lo Blanch, 2000.
- *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*, (versión castellana de Oscar Julián Guerrero Peralta), Buenos Aires: Rubinzal-Cualzoni Editores, 2009.

SANTOS, INÊS MOREIRA,

- “Direito fundamental à privacidade vs. persecução criminal – A problemática das escutas telefônicas”, in: “Tratado luso-brasileiro da dignidade humana”. 2.ª ed., São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

SILVA, DANIEL,

- “Ações encobertas no estado de direito democrático”, in: *Investigação Criminal*, n.º 5, Lisboa: ASFIC, 2013.

SILVA, DANNI SALES,

- “Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração policial de agentes policiais no meio virtual”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 120, Ano 24, São Paulo: Ed. RT, (maio-jun. de 2016).

SILVA, GERMANO MARQUES DA,

- “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – Os princípios democráticos e da lealdade em processo penal”, in: *Apontamentos de direito processual penal*, Vol. III, Lisboa: AAFDL, 1995.
- *Curso de processo penal*, 2.^a ed., vol. II, Lisboa: Editora Verbo, 1999.

SOUSA, PAULO PINTO DE,

- “Ações encobertas. Meios enganosos de prova? Agente infiltrado e agente provocador, outras questões”, in: *Revista do CEJ*, n.º 14, (2º semestre 2010).

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE,

- *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, SUSANA AIRES DE,

- “*Agente Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”. in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (org. Manuel da Costa Andrade et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES,

- “A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI”, in: *Direito e Cidadania*, Ano X, n.º 29, Praia, 2009.
- “A investigação do crime organizado: buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in: *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Almedina, 2009.
- *Processo Penal*, Tomo I, 3.^a ed, Revista Actualizada e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2010.

— *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009.

— *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VERDELHO, PEDRO,

— “A nova lei do cibercrime”, in: *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVII, n.º 320, Braga, (out-dez de 2009).

VERDELHO, PEDRO,

— “Anotações à Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro” in: *Comentários das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I, [Coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque e Jose Branco, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

VERÍSSIMO, JOANA / MACIAS, MARIA / RODRIGUES, SOFIA,

— *Implicações jurídicas das redes sociais na internet: um novo conceito de privacidade*, Mestrado em Direito apresentada na Universidade Nova de Lisboa, 2011.

Principais Jurisprudências consultadas

ALEMANHA. Supremo Tribunal Federal Alemão – BGH NJW 1963, 1597. [em linha], acesso em 12.08.2018, disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/

ALEMANHA. Supremo Tribunal Federal Alemão – BGH, decisão de 21 de fevereiro de 1964, in: NJW, 1964, [em linha], acesso em 15.08.2018, disponível em: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1964-02-21/4-str-519_63/.

ALEMANHA. Supremo Tribunal Federal Alemão – BGH, Decisão de 9 de Julho de 1987, 4 StR 223/87.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Brasileiro no *Habeas Corpus* n.º 103.425 de 26.06.2012, [em linha], acesso em 26.11.2018, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 578/98 de 26.2.98, [em linha], acesso em 13.08.2018, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 607/2003, [em linha], acesso em 14.08.2018, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3575618/details/maximized?perPage=50&q=decreto-lei+95-C%2F1997%2Fen>.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 414/03 de 13.07.2005, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1 disponível em: <https://www.stj.pt>.